

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

SUBROGATION RÉELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le Samedi 16 Mars 1912

PAR

ANDRÉ MAGNILLAT

*Lauréat de la Faculté de Droit
de l'Université de Lyon*



LYON

IMPRIMERIE PAUL LEGENDRE & C^{ie}

14, rue Bellecordière, 14

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
SUBROGATION RÉELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA
FACULTÉ DE DROIT DE LYON
Le Samedi 16 Mars 1912

PAR

ANDRÉ MAGNILLAT

*Lauréat de la Faculté de Droit
de l'Université de Lyon
(1907-1908-1909)*



LYON
IMPRIMERIE PAUL LEGENDRE & C^{ie}

14, rue Bellecordière, 14

1912

UNIVERSITE DE LYON

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

MM.

CAILLEMER (E.), C. ✱, I. ☛, doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✱, I. ☛, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☛, professeur honoraire.

FLURER, I. ☛, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I, ☛, professeur de Droit criminel, correspondant de l'Institut.

APPLETON (Charles), I. ☛, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ☛, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☛, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☛, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☛, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ☛, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ☛, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ☛, professeur de Droit civil, assesseur du doyen.

BROUILHET, I. ☛, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, I. ☛, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. ☛, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ☛, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Economie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ☛, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ☛, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

Président : M. Louis JOSSERAND, professeur.

Assesseurs : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. HUVELIN, professeur.} \\ \text{M. LÉVY, professeur.} \end{array} \right.$

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ERRATA

LISEZ :

- Page 32, 10^e ligne. — Le *deuxième terme* de l'alternative est *certain*.
- Page 42, 11^e ligne. — Des auteurs qui inspirèrent cette pratique juridique.
- Page 62, 21^e ligne. — En ce cas les héritiers *avaient* le retrait.
- Page 64, 3^e ligne de la note. — Les biens d'une famille *ne* passent.
- Page 70, 8^e ligne. — *Que* créancière, titulaire.
- Page 79, 11^e ligne. — Qui à l'origine.
- Page 93, 10^e ligne. — Créancier de la *communauté* ; il est.
- Page 97, 3^e ligne. — L'*opinion adverse* en tous cas.
- Page 102, 21^e ligne. — Compagnie d'assurances.
- Page 127, 2^e ligne. — *admit* la thèse du trésor.
- Page 129, 2^e ligne. — Si elle *ne* peut.
- Page 133, 9^e ligne. — Créées.
- » 16^e ligne. — Qu'elle a faites.
- Page 139, 5^e ligne. — Humaines.
- Page 142, 15^e ligne. — Accord *tacite*.
- Page 144, 10^e ligne. — Peut être.
- Page 169, 25^e ligne. — S'était constitué.

- Page 170, 8^e ligne. — A se révéler.
Page 182, 29^e ligne. — Où se trouvent.
Page 184, in fine. — Sirey.
Page 187, 13^e ligne. — Cela nous prouve.
Page 188, 2^e ligne. — déterminée.
Page 198, 18^e ligne. — désintéressés.
» 22^e ligne. — concernant les créanciers.
Page 199, in fine. — les.
Page 200, 1^{re} ligne. — porteurs.
Page 206, 1^{re} ligne. — indemnité.
» 12^e ligne. — Voilà.
Page 211, 15^e ligne. — Compagnies d'assurances.
Page 219, 11^e ligne. — elle rappela.
Page 224, 24^e ligne. — d'assurance.
Page 238, 16^e ligne. — Cela.
Page 281, 15^e ligne. — dans sa valeur pécuniaire plu ôt.
Page 27, 2^e ligne de la note. — détruit.
Page 290, 19^e ligne. — donataire.
Page 294, 1^{re} ligne de la note. — M. Planiol.
» 12^e ligne de la note. — l'origine.
Page 310, 19^e ligne. — voilà.
Page 312, 2^e ligne. — et grandes banques.
» in fine de la note. — trimestrielle de droit civil.
Page 313, 14^e ligne. — puisque.
Page 318, 7^e ligne. — le droit exclusif aux bénéfices d'une activité.
Page 320, 27 ligne. — qui est un créancier, quand.
Page 341, 6^e ligne. — Undecima editio, 1881.
Table, dernière ligne. — 345.
-

INTRODUCTION

Considérations générales

Essai de définitions. Plan

Le mot de *subrogation* évoque l'idée de mutation, de remplacement :

Quand, par exemple, un créancier en paye un autre d'un ordre préférable, il y a *subrogation personnelle*. Une personne se met à la place laissée libre par une autre.

Lorsque, dans un patrimoine, une chose remplace celle qui en est sortie, on dit qu'il y a *subrogation réelle*. Substitution juridique d'une chose à une autre, voilà une définition qui emploie des mots nouveaux, mais sans analyser. Au contraire, transfert d'un droit réel d'un bien sur un autre en maintenant sur le nouveau bien le but pour lequel le droit avait été établi sur l'ancien, voilà une définition plus

juridique, qui nous paraît chercher au moins à pénétrer la notion de subrogation réelle.

Mais il est une troisième forme de subrogation qui n'est qu'une constatation théorique. C'est la *subrogation de moyens* employés par le législateur pour atteindre un but. Le désir de la loi est de protéger le vendeur. Aussi, le privilège du vendeur remplacera-t-il le droit de propriété qu'il détenait et qui a passé à l'acheteur. La pénalité sévère de l'abus de confiance tient le lieu et place du droit de suite qu'on n'a pu accorder au créancier gagiste, vu leur nature mobilière, sur les récoltes warantées qui restent en la possession du débiteur (Loi du 18 juillet 1898 modifiée par la loi du 30 avril 1906).

Economiquement, la subrogation réelle a toujours existé, existe et existera toujours en régime de propriété individuelle. Mais là n'est pas notre point de vue; ce qu'il nous faut connaître, c'est la conséquence juridique attachée à telle ou telle mutation. L'élaboration d'une théorie à effets juridiques, voilà ce qui retient l'attention du droit. Ainsi envisagée, la subrogation réelle, nous le verrons, ne devint théorie originale que sous notre ancien droit.

La subrogation réelle implique changements, modifications dans le patrimoine, puisque remplacement d'une chose par une autre.

Dans l'ancienne France, sous le régime de nos vieilles coutumes, les biens changeaient peu de mains, pour quatre motifs principaux :

1^o Principe de la conservation des biens dans la famille. — Pendant de longs siècles, le pire des maux

parut être l'aliénation du bien de famille. C'était, en effet, l'immeuble familial qui donnait sa force à une lignée. Indépendamment des qualités attachées aux immeubles comme celles de fief, de bien roturier, qualités qui rejaillissaient sur leurs propriétaires, d'une manière générale, la plus grosse partie de la richesse était constituée par la fortune foncière. Mais l'immeuble aliéné, le prix comme tout objet mobilier pouvait disparaître, se volatiliser et avec lui la force de la famille risquait de sombrer. Ainsi s'élabora le principe juridique, qui fut d'abord une coutume, que l'immeuble patrimonial devait être conservé au sein de la famille.

2^o) Rareté relative de l'expropriation pour cause d'utilité publique. — L'Etat, dans l'ancienne France, n'avait pas le pouvoir qu'il détient aujourd'hui. Son rôle était peu considérable, ses attributions réduites. Nombre de tâches assumées aujourd'hui par la force souveraine restaient entre les mains des particuliers. Par suite, l'expropriation pour cause d'utilité publique avait un rôle assez restreint. Donc, comme les aliénations volontaires, les aliénations forcées étaient rares.

3^o) La pratique de l'assurance dans notre ancien droit était loin d'être aussi développée que de nos jours. La transmission de la qualité de l'ancien bien détruit devenait impossible faute de reconstitution, de rétablissement de la richesse disparue dans le désastre.

4^o) Enfin les immeubles n'étaient pas sujets, autant qu'aujourd'hui, aux risques de hausse et de baisse,

surtout au risque de baisse. La crise immobilière ne s'était pas encore déclarée. C'est pourquoi l'aliénation du bien familial ne s'expliquait pas par une bonne gestion, mais était souvent motivée par un désir de dissipation contre lequel il fallait réagir.

Ces divers motifs rendaient assez rares les mutations de biens, surtout d'immeubles, la richesse principale. Dès lors, il n'était plus étonnant de voir nos anciens auteurs donner le caractère de fiction à la subrogation réelle. N'étant pas nécessaire, on la restreignait dans des limites d'ailleurs imprécises.

— Mais les temps ont changé. La Révolution a fait disparaître nombre d'antiques principes. Elle en apporta de nouveaux comme la liberté du travail dont les conséquences furent infinies et expliquent en partie la forme de l'industrie et du capitalisme modernes.

1^o) Le principe de la conservation des biens dans les familles a vécu. Le temps n'est plus, où l'immeuble donnait le prestige de telle ou telle qualification à son propriétaire ; le temps n'est plus où il était considéré comme le fondement de la richesse. L'introduction et l'accroissement prodigieux de la fortune mobilière au cours du siècle dernier ont bouleversé d'antiques conceptions en déterminant la crise immobilière dont on ne prévoit pas la fin. Le souverain bien n'est plus l'immeuble ; peut-être le titre de bourse le deviendra-t-il. En tous cas les valeurs mobilières, émanation de la propriété collective, sont régies par d'autres principes que la propriété

immobilière individuelle. Ici domine le principe de l'influence (nous nous expliquerons à cet égard à la fin de cette étude). Aussi, les valeurs sont-elles sujettes à des mouvements de hausse et de baisse aussi rapides qu'inopinés. Une fortune périclite, qui ne change pas. Le placement de toute sécurité a disparu ; la fortune mobilière exige, pour sa bonne gestion, une surveillance de tous les instants, des ventes opportunes, des acquisitions judicieuses. En un mot, une fortune peut voir tous ses éléments renouvelés. Aussi est-il aisé de comprendre combien, dans ce régime, devient nécessaire un large développement de la subrogation réelle.

2^o D'ailleurs, les attributions de l'Etat se sont multipliées avec rapidité : phénomène imposé peut-être par la forme nouvelle du capitalisme, qui, par ses transformations est devenu plus puissant que jamais. Aussi les causes d'expropriation pour utilité publique se sont-elles multipliées ; car l'Etat doit sauvegarder les intérêts de la collectivité. De nombreuses indemnités remplacent chaque jour des biens utilisés par l'administration.

3^o Enfin la responsabilité est devenue collective sous la forme de l'assurance. Dans la majorité des cas il n'y a plus perte sèche pour un individu. La valeur d'un bien réapparaît sous la forme d'une indemnité d'assurance versée par une Mutuelle ou une Compagnie à primes fixes. La pratique de l'assurance poursuit donc le rétablissement de l'ancien bien. Inutile de dire qu'elle favorise ainsi singulièrement le jeu de la subrogation réelle.

Pour ces divers motifs les mutations de biens sont donc devenues d'une fréquence inouïe. C'est pourquoi la subrogation réelle, dont la nécessité se faisait sentir chaque jour davantage, n'est plus considérée aujourd'hui comme une fiction, mais bien comme une réalité économique en passe de revêtir la forme d'une réalité juridique.

Le patrimoine est en effet considéré de plus en plus comme un ensemble de fonctions. (Le point de vue dynamique domine). Si le bien qui permettait la réalisation de cette fonction disparaît, il ne faut pas que s'évanouisse la fonction. Le nouveau bien qui le remplacera sera affecté au même but que l'ancien. Et ceci nous indique l'intérêt et la nécessité d'un large développement de la subrogation réelle.

En nous plaçant même à un point de vue plus élevé, ce travail nous montrera l'historique, c'est-à-dire la variabilité des théories juridiques. Que s'effectue une évolution économique sensible, et aussitôt les théories changent. En effet, il faut maintenir l'équité dans un nouveau milieu créé par l'évolution économique; c'est la tâche des juristes; c'est l'objet même du droit.

Cette thèse sera divisée en deux parties :

I^{re} PARTIE. — *Etude pratique des cas de subrogation réelle dans le droit civil français et en appendice dans le droit civil allemand.*

II^e PARTIE. — *Etude théorique de la subrogation réelle*

Dans un appendice à ces deux parties nous tâcherons d'analyser de nouvelles tendances et notre conclusion montrera la disparition de la subrogation réelle sous un régime encore peu étudié, sous le régime collectif des valeurs.

Mais auparavant, là plus que partout ailleurs, quelques renseignements historiques sont nécessaires puisque la subrogation réelle est intimément liée à l'évolution économique.

HISTORIQUE

DROIT ROMAIN

Les maximes juridiques les plus solides ont souvent une base bien fragile. L'étude de la subrogation réelle en droit romain (1) en est une preuve assez nette. Les auteurs de notre ancien droit exprimant

(1) Ce n'est pas un aperçu historique que nous avons l'intention de donner ici ; à quelques exceptions près, nous ne ferons qu'enregistrer les résultats acquis au crépuscule du droit romain. Un triple motif nous fit préférer cette méthode quelque peu exégétique à la méthode historique qui, semble-t-il, aurait mieux été en harmonie avec le sens général des développements fournis par ailleurs et avec la base d'histoire dont nous avons voulu les pénétrer : 1^o) La première raison, la plus importante, consiste dans le fait qu'il est difficile de retrouver l'évolution des précédents de la subrogation réelle en droit romain, puisque (nous aurons l'occasion de le voir maintes fois au cours de ce travail) les jurisconsultes de l'époque de Justinien n'abou-

leur pensée dans les deux formules *In judiciis universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei* et *subrogatum sapit naturam ejus in cujus locum subrogatum est* ont cru leur trouver un ferme appui dans divers textes du droit romain, notamment dans le sénatusconsulte Juventien au titre du Digeste *de la pétition d'Hérédité* et dans les fragments. 70, 30, 71 et 72 du Digeste *De legatis* Liv. XXI.

Cette erreur s'explique aisément : Car nos anciens juristes au lieu de voir dans le droit romain une législation dont l'intérêt est surtout historique, précisément à cause de sa longévité, ont pensé trouver en elle l'expression la plus parfaite de la pensée juridique définitivement fixée dans des cadres qu'il serait téméraire de vouloir modifier. Avec cet état d'esprit, il était naturel que l'on découvrit la théorie de la subrogation réelle dans la législation romaine qui

tirent pas à se faire une idée même approximative de la subrogation réelle et de son utilité. 2°) Le deuxième motif du choix de cette méthode est un motif d'opportunité : Il fallait nous limiter et l'étude des témoins qui auraient pu conduire les jurisconsultes romains à l'adoption de la subrogation réelle eut été un travail considérable, capable de se suffire à lui seul. 3°) Enfin qu'il nous soit permis d'ajouter que nous n'avons étudié le droit romain que pour éclairer notre ancien droit, qui, lui, ne connaissait de la législation romaine que le Digeste, les codes et autres monuments législatifs édifiés au déclin de la civilisation de Rome. Nul n'ignore d'ailleurs que notre ancien droit se conforma à la méthode exégétique préconisée avec tant de vigueur et tant de pratique par les glossateurs.

avait eu, au dire de notre ancienne doctrine, l'heureux privilège de connaître toutes les catégories juridiques.

C'est ainsi que l'on a cru voir des cas d'application de la subrogation réelle dans l'hérédité, en matière de fidéicommiss et, en généralisant quelque peu, dans toute universalité. Et l'adage *In judiciis universalibus* est ainsi né. Par contre plus délicate est la question de savoir si la subrogation réelle trouve une place dans certaines hypothèses concernant les biens dotaux. Cependant réserve faite de quelques textes difficiles à expliquer, il nous semble que la subrogation réelle n'a pas existé à l'état de théorie originale en droit romain.

CHAPITRE I

Universalités juridiques

La maxime *In judiciis universalibus* tire son origine de l'étude du Sénatus-consulte Juventien et de l'extension qu'on en fit à toutes les universalités. Or, l'idée que traduit ce célèbre adage, la subrogation réelle, ne se retrouve ni dans ce sénatusconsulte, ni dans la généralisation qui en fut faite.

SECTION I.

SÉNATUSCONSULTE JUVENTIEN

Le célèbre sénatusconsulte de l'an 129 environ de notre ère, dont le protagoniste fut peut-être Publius Juventius Celsus, apporta de nombreuses et d'heu-

reuses modifications aux règles de la pétition d'hérédité.

Avant lui, l'héritier apparent, qui s'était emparé d'une hérédité dans l'espérance de l'usucaper, ne devait restituer au vrai successible, s'il n'avait pas abouti à l'usucapion, que les biens héréditaires se retrouvant en nature. Puis, il est probable que les jurisconsultes romains étendirent peu à peu à la pétition d'hérédité les solutions admises en matière de revendication. Aussi devint-il loisible à l'héritier véritable de reprendre, à la place du bien vendu, le montant du prix, s'il n'avait pas encore été payé. D'ailleurs, l'héritier apparent devait lui céder ses actions contre l'acquéreur d'un bien de la succession. Enfin, on aboutit à considérer l'héritier apparent, jusqu'à son usucapion, comme comptable, vis-à-vis de l'héritier véritable, de la manière dont il avait géré la masse successorale. Aussi, devait-il la valeur des choses qu'il avait aliénées dans son propre intérêt et le prix de celles qu'il avait vendues dans l'intérêt de l'hérédité. C'étaient là de bien sensibles progrès sur le droit primitif. Sur ces entrefaites intervint un sénatusconsulte rapporté aux Institutes de CAIUS (1), qui abolit l'usucapion *pro herede*, institution qui permettait d'acquérir toute une hérédité par l'accomplissement du laps de temps d'un an, sans juste titre ni bonne foi. Cette disparition de l'usucapion *pro herede* rendit possible la distinction

(1) CAIUS, *Commentaires II*, paragraphe 57. (Textes de droit romain de M. Girard, 3^e édition (1903), page 239).

établie plus tard par le sénatusconsulte Juventien entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi. Du temps de l'usucapion *pro herede*, le possesseur de mauvaise foi acquérait l'hérédité comme le possesseur de bonne foi, pourvu qu'il ait possédé pendant le laps de temps nécessaire. Depuis l'abolition de cette institution, pas plus le possesseur de bonne foi que le possesseur de mauvaise foi ne pouvait usucaper l'hérédité (exception faite de la cause de déchéance provenant, sous Justinien, de la prescription extinctive de 30 ans). Tous deux devaient restituer les biens héréditaires, mais dans quelle mesure ?

Alors intervint, très peu de temps après la disparition de l'usucapion *pro herede*, le sénatusconsulte Juventien, qui dosa les restitutions à faire d'après la distinction suivante : Le possesseur de l'hérédité était-il de bonne foi, dès lors, il n'était comptable que de son enrichissement, c'est-à-dire des biens que lui restaient, du prix provenant de ceux qu'il avait aliénés, ou de ceux acquis avec l'argent de l'hérédité. Était-il de mauvaise foi, le possesseur était alors plus maltraité : Se mettant à la tête d'une hérédité qu'il savait ne pas lui appartenir, il devait la gérer avec tous les soins d'un bon père de famille. S'il avait, par exemple, vendu un bien, il devait la valeur qu'il en avait reçue, si cette valeur dépassait le prix réel du bien. Par contre, si cette valeur était inférieure au prix réel, il devait en parfaire la différence.

Et, précisément, cette distinction entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi n'écarte-t-elle pas

toute idée de subrogation réelle? L'affirmative nous semble certaine. En effet, qu'importe l'état d'esprit du possesseur en pareille matière? Là n'est pas la question. Le bien nouvellement acquis remplace-t-il celui qui a été aliéné, et l'héritier véritable pourra-t-il le réclamer comme il aurait pu revendiquer le bien ancien, voilà ce qu'il est intéressant de connaître. En d'autres termes, et pour conserver le langage traditionnellement employé en matière de subrogation, le bien nouveau a-t-il pris la qualité de bien héréditaire dont était muni l'ancien? Non, répondons-nous, car le possesseur devra seulement se départir d'une valeur qui ne doit pas lui rester en équité, et sa restitution sera plus ou moins complète, suivant l'intérêt qu'il peut inspirer. De ces deux mesures, il y en a une de superflue. La subrogation réelle, en effet, n'en admet qu'une : la remise intégrale au véritable successible du bien ou de la valeur qui a remplacé le bien vendu.

Mais précisons.

§ I. — SUBROGATION DU PRIX A LA CHOSE

Supposons un instant que la distinction entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi ne soit pas subversive de l'idée de subrogation réelle. Un texte se présente alors qui semble admettre la théorie de la subrogation du prix à la chose. C'est le fragment 22 au Digeste. *De petitione hereditatis*, Livre V, titre 3 : *Quia potest existimari in locum*

hereditariæ rei venditæ pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum. Le jurisconsulte Paul pense, dit-on, que le prix a remplacé le bien héréditaire vendu, et qu'il est pour ainsi dire devenu héréditaire. De là à conclure qu'il y a subrogation du prix à la chose, il n'y a qu'un pas. Nos anciens auteurs le firent et établirent ainsi une partie de leur adage : *et pretium loco rei*. D'ailleurs la loi 16, 5^o. Digeste Liv. V, tit. III, semblait confirmer cette opinion : En effet, dit-elle : *Sive quis possidens, sive non, rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri : sive jam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat* ». Si le défendeur à la pétition d'hérédité doit céder ses actions à l'héritier véritable pour réclamer le prix, n'est-il pas évident que le prix est subrogé à la chose aliénée?

Raisonnement qui nous semble faux et voici pourquoi : une cause fréquente d'erreur provient de ce qu'on ne retient d'un texte que la parcelle qui paraît favorable à l'opinion que l'on veut soutenir.

Le texte morcelé prend alors un sens différent de celui qu'il possède en réalité. — Ce fait se produisit lors de l'élaboration de la maxime *In judiciis*. Notre ancien droit avait besoin de la théorie de la subrogation réelle. D'autre part le droit romain était la raison écrite, et le désir peut-être inconscient de la majorité de nos légistes était de trouver en lui un appui. Par la fragmentation des textes on obtint ce que l'on cherchait, la consécration de cas de subrogation réelle dans la législation romaine. Mais

justice fut faite de ce procédé par l'histoire. On se rendit compte que bien différente était l'idée directrice du droit romain : l'héritier apparent pouvait rendre le prix à la place de la chose ; solution bien naturelle pour nous, mais combien surprenante pour les anciens romains habitués à la règle qu'ils respectèrent si longtemps et qui est rapportée au fragment 9 au Digeste, Liv. V, titre III, mais complétée par le droit postérieur. Voici probablement son état primitif : seul était tenu de la pétition d'hérédité celui qui possédait une chose héréditaire. Le possesseur tenu du prix qui lui avait été payé, cela déroulait quelque peu les Romains du droit strict et le besoin se faisait sentir d'un commentaire : l'explication, c'est la fin du texte rapportée par le Digeste : *quia potest existimari*, etc... Le prix est censé avoir remplacé la chose héréditaire. Pour ainsi dire il est devenu lui-même héréditaire.

D'ailleurs le fragment 25, 17^o Digeste, Livre V, titre III, s'oppose à l'admission de la théorie de la subrogation réelle en droit romain : en effet, l'héritier véritable a en principe la faculté de revendiquer la chose aliénée par le possesseur de bonne foi au lieu de lui réclamer le prix. *Et puto*, dit ULPIN, *posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent*. Il y a là une option qui s'oppose systématiquement à la subrogation réelle. Car notre théorie éveille sans aucun doute l'idée de remplacement. Et si le vrai successible peut obtenir l'ancien bien, le résultat est le même que s'il n'y avait pas eu d'aliénation. Le droit de suite, nous le

verrons plus loin, est l'antithèse de la subrogation réelle. Tel est donc ce fameux choix réservé à l'héritier véritable, qui contrarie franchement en cette matière la théorie de la subrogation.

Cependant, il y a deux cas où le vrai successible ne peut pas obtenir la chose aliénée, et doit se contenter du prix ou de la chose acquise en remploi : « C'est le cas d'aliénation avantageuse à l'hérédité ; on a vendu par exemple un bien pour payer des créanciers héréditaires. C'est aussi l'hypothèse prévue par le texte que nous venons de citer : Fragment 25, 17^o, Livre V, titre III, *nisi emptores*, etc. Il est possible de revendiquer la chose aliénée, à moins que (et c'est ce qui nous intéresse maintenant), l'acheteur ait un recours contre le possesseur de bonne foi.

On se demande alors si ces deux hypothèses ne sont pas la consécration de l'existence de la subrogation en droit romain. La négative nous semble toutefois s'imposer : « Le possesseur de bonne foi, en effet, ne doit pas s'enrichir sans cause juridique et il le ferait s'il pouvait garder le bien sans rendre le prix. L'enrichissement, voilà la mesure de ses restitutions. Comme il est permis au successible de revendiquer le bien aliéné, l'acquéreur va recourir en garantie contre le possesseur de bonne foi, lui réclamer une indemnité, et celui-ci sera obligé de le désintéresser, de lui fournir l'équivalent du prix qu'il n'a peut-être plus ; ce serait un dépouillement et non la privation d'un enrichissement. Pour cette raison, le droit romain obligea en

ce cas le successible à se contenter du reliquat du prix de vente.

Il en est différemment du possesseur de mauvaise foi qui est tenu, lui, de la valeur effective de la chose aliénée, du bien héréditaire. Si le prix qu'il a reçu est l'équivalent de la valeur de la chose, il le doit. S'il lui est inférieur et si le possesseur a fait une mauvaise affaire, il ne devra pas seulement le prix, mais la valeur exacte de la chose aliénée. C'est dire qu'il est impossible de trouver là une application de la subrogation réelle. Car ce serait toujours le prix et le prix seulement que le possesseur de mauvaise foi devrait restituer.

C'est la consécration pure et simple en droit romain de la théorie du non enrichissement sans cause. Examinons plutôt le fragment 28 au Digeste, *De petitione hereditatis* Liv. V, titre III : *Post senatus-consultum enim, omne lucrum auferendum esse tam bonæ fidei possessori quam prædoni dicendum est* : Après le sénatus consulte Juventien, pas plus le possesseur de bonne foi que le possesseur de mauvaise foi ne doivent s'enrichir. L'usucapion *pro herede* vient d'être supprimée. Appliquons ce principe, disent les jurisconsultes Romains et empêchons tout enrichissement sans cause. Et qui plus est, comme le possesseur de mauvaise foi nous semble inexcusable, il peut y perdre et ce n'est que justice. Mais l'essentiel est que la prise de possession de l'hérédité ne soit plus un moyen de lucre. Les Romains venant ainsi de faire une découverte importante y pensent et y repensent sans cesse. Ce qui

nous semble si naturel aujourd'hui, le non enrichissement sans cause, fut pour eux à l'origine un grand changement, peut-être même un sujet d'étonnement. Aussi ont-ils besoin de s'expliquer largement sur leur nouvelle théorie. En tous cas, bien loin de leur pensée juridique se trouve la théorie de la subrogation réelle.

En résumé le choix ouvert à l'héritier véritable entre la revendication de la chose aliénée et la restitution de l'enrichissement du possesseur de bonne foi, l'option qui lui est réservée de réclamer au possesseur de mauvaise foi le prix ou, si ce prix est inférieur à la valeur réelle de la chose, cette valeur elle-même, écartent à notre avis toute idée de subrogation du prix à la chose en matière de pétition d'hérédité. L'essentiel en ce cas, nous le répétons, est la théorie de l'enrichissement sans cause exprimée par les Romains en ces mots *Omne lucrum auferendum esse*.

Mais voici un texte difficile à expliquer parce qu'il ne concorde pas avec les autres. C'est le fragment 18 au Digeste. *Quod metus causa gestum erit*. Liv. IV, titre II. On sait que, par l'action *quod metus causa* qui est formulée *in rem*, il est possible d'atteindre le tiers acquéreur étranger à la violence, à la différence de l'action de dol qui s'exerce seulement contre la partie contractante. Supposons que la chose ait péri : l'acquéreur qui, par rapport à la violence causée, est un tiers ne devra rien. Mais a-t-il vendu cette chose ou l'a-t-il échangée, alors peu importe, au dire de JULIEN, qu'il ait perdu le prix ou la chose acquise en

échange (1). Et ce jurisconsulte invoque ce qui se passe à son avis en matière de pétition d'hérédité. Il admet que le possesseur qui a perdu le prix provenant de la vente des choses héréditaires, doit malgré cette perte, rembourser ce prix à l'héritier véritable.

La distinction entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi n'est plus faite dans ce texte. La restitution du possesseur de bonne foi n'est plus limitée comme dans le sénatus-consulte Juventien à son enrichissement. — Pour JULIEN, il semble qu'il y ait là subrogation en créance du prix à la chose vendue (2). Le possesseur, quelles que soient ses intentions, doit la valeur de la chose perdue, le prix, une créance fixe ; nous sommes loin de la théorie de l'enrichissement sans cause. Ici la somme due est fixe, tandis qu'en matière d'enrichissement sans cause elle varie à tout instant. Elle peut considérablement augmenter, comme elle peut aussi diminuer jusqu'à ne plus exister. — A quelle époque JULIEN émit-il cette opi-

(1) Voir l'article de M. Ch. APPLETON dans la *Nouvelle Revue Historique*, 1910 : « L'explication de ce texte est si claire dans cet article que nous nous sommes permis de reproduire quelques-unes de ses expressions.

(2) Nous verrons qu'il y a peut-être là un point de vue auquel on pourrait envisager la théorie de la subrogation réelle ; c'est la subrogation en créance. Mais ce côté de la question soulève des objections considérables. Cependant si on l'admet, si on ne voit pas en lui que la simple application du droit de gage général des créanciers, on peut dire que le droit romain, par la voix d'un de ses jurisconsultes, consacra autre chose que la théorie de l'enrichissement sans cause.

nion, avant ou après le sénatus-consulte Juventien ? — La question fait l'objet d'une vive et intéressante controverse entre MM. FITTING et APPLETON (1) dans le détail de laquelle nous ne pouvons entrer sans trop nous écarter de notre sujet. En tous cas, il est permis de conjecturer qu'il y eut là une opinion personnelle à JULIEN, qui resta toujours à l'état d'exception, le sénatus-consulte Juventien ralliant par la suite la majorité des suffrages des jurisconsultes romains.

Le prix n'est donc pas subrogé à la chose aliénée dans le droit romain, qui n'a connu que la théorie de l'enrichissement sans cause.

Et pareille erreur se retrouve pour la prétendue subrogation de la chose au prix qui a servi à l'acquiescir.

II. SUBROGATION DE LA CHOSE AU PRIX

C'est le fragment 25 (1^o) au Digeste. *De petitione hereditatis*, Livre V, titre III, qui semble lui être le plus favorable, et cependant il est bien loin de la consacrer. En effet, le possesseur de bonne foi garde la chose acquise avec le prix de vente du bien héréditaire. Que va-t-il restituer ? la valeur de la chose acquise en remploi, qui est la mesure exacte de son en-

(1) *Op. cit.*

richissement puisque cette chose lui reste. Si la valeur du bien, qui demeure sa propriété, est égale au prix de la chose héréditaire aliénée, il sera débiteur de ce prix. Si elle est inférieure au prix, ce n'est que cette valeur qu'il devra, parce qu'il serait dépouillé, s'il devait le prix, bien que la chose acquise en remploi de ce prix vaille moins que lui. Par contre, il nous semble équitable de lui faire rendre la valeur de la chose même si elle est supérieure au prix des choses héréditaires. Car il ne doit que son enrichissement, mais il le doit tout entier. Sans doute, il ne faut pas dépouiller le possesseur de bonne foi ; mais il ne faut pas non plus qu'il profite de la prise de possession de l'hérédité. Tel est l'esprit du sénatus-consulte Juventien. L'usucapion *pro herede* est supprimée.

Quant au possesseur de mauvaise foi, le vrai successeur peut exiger de lui, suivant son désir et son intérêt, soit la chose acquise en remploi du prix, soit la valeur de cette chose, soit le prix de la vente des choses héréditaires, qui a occasionné le remploi, soit enfin un bien personnel du possesseur de mauvaise foi. Il est, en effet, peu intéressant et tant pis pour lui si, en définitive, il souffre de s'être emparé de l'hérédité.

Toujours la même distinction entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi, toujours plusieurs partis à prendre au cas où le possesseur est de bonne foi et plus encore au cas où il est de mauvaise foi, n'y a-t-il pas là un ensemble de faits qui semblent servir de repoussoir à la théorie de la subrogation réelle ? Cela nous semble évident. La subrogation en créance

elle-même est avide de fixité. Il lui faut une valeur invariable comme nous le verrons plus loin.

Et nous arrivons ainsi à conclure que la recherche de la maxime, *Injudiciis, etc.*, est inutile en droit romain.

Mais *quid* de la généralisation de cette maxime à toutes les universalités ?

SECTION II

EXTENSION DONNÉE AU SÉNATUS-CONSULTE JUVENTIEN

L'hérédité est certainement l'universalité-type.

Mais elle n'est pas seule à avoir ce caractère, et les règles du sénatus-consulte Juventien ne vont-elles pas s'appliquer aux autres masses de biens ? Même la déduction erronée que l'on a tirée de ce sénatus-consulte, l'application de la subrogation réelle au droit romain, ne se retrouve-t-elle pas, au dire de nos anciens auteurs dans toutes les universalités ? D'aucuns l'ont soutenu en s'appuyant sur le Fragment 20 (10^o) au *Digeste* Liv. V, titre III : *Non solum autem in hereditate utimur senatus-consulto, sed in peculio castrensi vel alia universitate*. Quelle clarté ! Après une pareille précision, semble-t-il, il n'est plus permis d'équivoquer sur l'application du sénatus-consulte Juventien aux autres universalités. Et cependant, . . .

§ I. — PÉCULES — PECULE CASTRENS

Le fils de famille qui, en droit romain, ne pouvait rien posséder, ne faisait que refléter la personnalité du *paterfamilias*, obtenait exceptionnellement la faveur d'avoir des biens : C'était le cas du fils de famille au service de l'armée. Ce fut ensuite un privilège du fonctionnaire, (*Pecule quasi castrens*). Et l'ensemble des biens que possédait ainsi le fils de famille formait, au dire de nos anciens auteurs, une universalité. En effet PAUL ne nous dit-il pas au Frag-34. *Digeste*, Liv. V, titre III, que celui qui revendiquait le pécule *castrens jure hereditario* avait la pétition d'hérédité (1). ULPIN dans le fragment 20 (100) précité suppose admise l'opinion de PAUL, en disant que les règles du sénatus-consulte Juventien s'appliqueront au pécule *castrens*, ou à toute autre universalité : Il est possible, sans entrer dans les détails que cela vise la quote-part d'hérédité ou le fidéi-com-mis d'hérédité.

Quant aux autres pécules *quasi castrens, castrens*

(1) Était titulaire du pécule *castrens jure hereditario*, celui au profit duquel avait testé le fils de famille militaire. A défaut de testament le fils de famille ne laissait pas de succession, et le *paterfamilias* reprenait les biens composant le pécule *jure peculii*. En d'autres termes le fils de famille ne pouvait pas à cet égard laisser de succession *ab intestat*. Voir PAUL, même fragment : *Ex testamento nobis obvenientem*.

(quand il est repris *jure peculii*) *profectice* (1), *adventice* (2), si au point de vue des créanciers qui profitent de leur augmentation, ils sont considérés comme des universalités, à tous autres égards il n'en est plus ainsi. C'est pourquoi JULIEN dans le fragment 56 au Digeste *Derei vindicatione*, Livre VI, titre I, déclare que le légataire d'un pécule au lieu d'obtenir son legs par une seule action comme par la pétition d'hérédité, doit réclamer séparément (3) chacun des biens composant le pécule au moyen de la revendication.

Même solution dans le cas suivant :

§ II. — DONATION UNIVERSELLE ENTRE VIFS

Elle n'existe pas en droit romain même à l'état d'exception. Aussi la transmission des biens s'effectue-t-elle par des formalités adéquates à chaque bien, et d'autre part chaque bien est revendiqué séparé-

(1) Masse de biens confiés au fils par le *pater familias* pour leur administration.

(2) *Adventices* ou *Bona adventicia*, biens que le fils de famille en puissance avait recueillis dans la succession de sa mère et qui furent peu à peu soustraits à l'administration du *pater familias*.

(3) On n'a des chances, à une exception près, de trouver en droit romain des traces de subrogation réelle que dans les universalités. C'est pourquoi les défenseurs de cette théorie dans la législation romaine s'efforcèrent de considérer les pécules, la dot et même la donation comme des universalités.

ment. En conséquence il est impossible d'appliquer en ce cas le *senatus-consulte Juventien*.

C'est encore à la même conclusion que nous arrivons en matière de dot.

§ III. — DOT

Pour la transférer ou la reprendre, il faut des formalités afférentes à chaque bien. Car les *actiones rei uxoriæ et ex stipulatu* ne sont pas des *actiones generales*. Bien plus, et c'est ce qui donne une force nouvelle à cette remarque, le mari n'est pas tenu des dettes en cas de constitution de dot universelle. Pour qu'il en fût ainsi, il serait nécessaire qu'il s'obligeât par des stipulations équivalentes aux *stipulationes emptæ et venditæ hereditatis*. En l'absence de ces stipulations spéciales la femme seule est tenu.

En définitive, la généralisation du *senatus-consulte Juventien* à toutes les universalités est aussi imprudente, aussi hâtive que l'application de la théorie de la subrogation réelle à ce *sénatus-consulte*. Ces deux erreurs viennent d'une mauvaise interprétation des textes que l'on a eu le tort de vouloir isoler, détacher de leur contexte et interpréter un peu suivant les besoins du moment.

Appendice. — Le *sénatus-consulte Juventien* n'est pas le seul texte sur lequel on ait voulu édifier la théorie de la subrogation réelle dans les universa-

lités juridiques. Les Fragments 70 (30) 71 et 72 au Digeste. *De legatis*. Liv. 31, dit-on, corroborent l'interprétation donnée au sénatus-consulte.

Ces textes supposent qu'un individu recueille une succession à la charge de la restituer à une tierce personne après sa mort. Le premier ayant droit aliène des biens héréditaires et, avec leur prix, achète d'autres objets. Ces choses acquises en remploi vont-elles lui rester, ou ses héritiers devront-ils les restituer à sa mort au tiers bénéficiaire ? La deuxième alternative est certaine. Car il y a là, dit-on, subrogation réelle. Les biens récemment acquis ont pris la qualité de biens héréditaires que possédaient les anciens. Les nouveaux objets remplacent les anciens dans le patrimoine transmis. Ils en ont le rôle. Ils en remplissent la fonction.— Sans aucun doute il y a lieu à restitution des biens acquis en remploi des biens aliénés. Mais ce n'est pas pour le motif qui a été invoqué, ce n'est pas qu'il y ait là subrogation réelle. Point n'est besoin d'avoir recours à cette théorie compliquée pour expliquer le phénomène juridique qui se produit en ce cas : Il y a simplement exécution intégrale de la volonté du testateur. Sans doute elle ne s'est manifestée qu'une fois, au moment de la confection du testament. Mais à cet instant (la forme qu'il a employée l'indique) le testateur a voulu donner en second ressort son patrimoine tel qu'il serait à la mort du premier bénéficiaire. En d'autres termes, il y a là substitution vulgaire et non subrogation. Certes les deux théories ont plus d'un point commun, ne serait-ce que celui

d'interpréter, aussi exactement que faire se peut, la volonté de l'auteur d'un acte juridique. Mais au cas de substitution, la volonté s'exprime directement. Au cas de subrogation, par contre, on la présume quand un ensemble de conditions est réalisé.

Nous sommes donc en droit de conclure que la législation romaine ignore la théorie de la subrogation réelle dans les universalités juridiques. Il n'y a pas de subrogation réelle générale (1) en droit romain.

(1) Pour faciliter l'étude de la subrogation réelle en droit romain, nous utilisons les expressions de *subrogation réelle générale et spéciale* qui cependant nous semblent correspondre à une idée fausse, comme nous espérons pouvoir le démontrer plus loin. Mais ce sont là des cadres commodes qui nous permettent d'étudier, il est vrai d'assez loin, ce qu'était la subrogation réelle en droit romain.

CHAPITRE II

Subrogation réelle dans les biens dotaux

Serons-nous plus heureux pour son antithèse, pour la subrogation réelle spéciale? La qualité de bien dotal se transmet-elle d'un bien à un autre et ceci grâce au concours de la subrogation réelle? Nombre d'auteurs l'affirment.

Avant de prendre parti, examinons l'intérêt qu'il y a au transfert de la qualité de dotal à tel ou tel bien. Voyons quelles sont les règles spéciales afférentes à la dotalisation de biens.

A l'origine dans le mariage sans manus (1) la dot

(1) Inutile d'examiner la situation de la dot, quand il y a mariage avec manus. Car la manus primitive est un pouvoir qui confère au mari la propriété de la personne et des biens de la femme.

appartient en toute propriété au mari qui n'est pas forcé de la restituer. C'est une partie du patrimoine du mari qui ainsi accru fera face plus facilement aux multiples charges qu'entraîne le mariage. Bientôt cependant, les mœurs se modifiant, le mari dut restituer la dot. Et, pour garantir cette restitution, l'immeuble dotal ne devint aliénable qu'avec l'autorisation de la femme, qui eut bientôt un privilège sur les biens du mari. Enfin Justinien rendit la dot inaliénable même avec l'assentiment de la femme. En d'autres termes le mari est (à l'origine) seul propriétaire de la dot. Puis la femme devint créancière de la dot, de sa restitution. On fortifia alors sa situation de créancière en exigeant son consentement à l'aliénation (1). Ce qui plus est, on lui donne un privilège sur les biens de son mari. Enfin en déclarant l'immeuble dotal inaliénable on assure la restitution de la dot bien mieux que si la femme était restée propriétaire.

Il est aisé maintenant de comprendre les règles de restitution spéciales établies pour la dot, et leurs différences suivant qu'il s'agit d'un immeuble, d'un objet particulier ou d'une somme d'argent, d'une chose fongible. La constitution de dot a-t-elle porté sur un immeuble, la restitution de la dot doit être immédiate, puisque l'immeuble étant inaliénable,

(1) Situation qui rappelle quelque peu celle du créancier hypothécaire à qui l'on notifie dans la procédure de purge, la vente de l'immeuble hypothéqué pour qu'il puisse surenchérir.

le mari doit toujours l'avoir en nature dans son patrimoine. Est-ce au contraire une somme d'argent qui a été constituée en dot, le mari doit la rendre en trois annuités. Il lui faut, en effet, le temps de vendre quelques biens pour se procurer de l'argent liquide.

Après ce long, mais nécessaire préambule, voyons le rôle joué ici par la prétendue subrogation réelle. Il ne s'agit pas de transporter les règles de restitution, d'un bien sur un autre, de donner, par exemple, un délai de restitution de trois ans au mari quand, à la place d'une somme d'argent constituée en dot, les époux ont convenu (et nous verrons que c'est possible) de remplacer la dot en deniers par un immeuble dotal. Il ne s'agit pas de conserver les règles de restitution afférentes au premier bien et les reporter sur celui qui est venu le remplacer comme bien dotal. Non : ce que l'on veut donner au bien nouvellement acquis, c'est seulement la qualité de bien dotal, avec les règles qui en découlent. A la place d'une somme d'argent, constituée en dot, qui aurait été restituée en trois annuités, se trouve durant le mariage, et de par la volonté des époux, un immeuble qui prendra la qualité d'immeuble dotal, c'est-à-dire devra être rendu immédiatement. Allons plus loin et nous dirons qu'il n'y aurait pas remplacement d'un bien par un autre, si les règles de restitution de l'ancien bien poursuivaient et régissaient le bien acquis en remploi. Mais deux exemples, espérons-le, vont éclairer tout cela :

§ 1. Le premier est emprunté au Fragment 25 du

Digeste *De jure dotium*, Livre XXIII, titre III, et vise un cas de *permutatio ex re in pecuniam*, comme disaient nos anciens auteurs. Une femme sur le point d'épouser son débiteur fait avec lui la convention suivante : Au lieu de l'esclave que vous me devez, dit-elle, vous serez censé avoir reçu de moi en dot la somme de 10.000 as. L'opération ainsi effectuée s'analyse de la manière suivante : 1^o Dation en paiement par le futur d'une somme d'argent au lieu de l'esclave qui était dû, et 2^o constitution en dot par la future de cette somme d'argent. Quoi ! dira-t-on, que prouve cet exemple ? Rien, puisque tout se passe avant le mariage ; le changement de biens s'est effectué trop tôt pour qu'il y ait permutation. Mais lisons la fin du texte : Ce changement est permis avant le mariage, puisqu'après le mariage il est possible d'opérer par convention la *permutatio dotis*. En d'autres termes le changement du bien dotal était si naturel en droit romain que l'on en faisait découler un argument *a fortiori*, que l'on en concluait que le changement pouvait affecter avant le mariage le bien qui allait être constitué en dot. Ainsi la *permutatio dotis* semblait l'évidence aux jurisconsultes romains et, de cette évidence, ils tiraient des déductions.

§ 2. L'hypothèse inverse, la *permutatio ex pecunia in rem*, n'avait non plus rien de choquant pour l'esprit juridique romain. Le fragment 21 au Digeste *De pactis dotalibus*, Livre XXIII, titre IV en est une preuve : Une femme qui s'était constitué en dot une somme d'argent, convient avec son mari durant le

mariage, qu'au lieu d'argent elle lui remettra un esclave, mais sous la condition qu'elle-même se chargerait des risques et que les enfants qui naîtraient de cet esclave lui appartiendraient. Une telle convention est valable, dit le texte : *Nam constat posse inter uxorem et virum conveniri ut dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur et transferatur in corpora, cum mulieri prodest*. Il n'est pas possible d'admettre plus explicitement la *permutatio dotis*. La seule réserve faite par le texte est que ce changement soit avantageux à la femme.

Il est utile de remarquer ici qu'il n'y a permutation que si la femme déclare se charger des risques et profiter du croît de l'esclave. En l'absence de cette stipulation, le mari devrait toujours une somme d'argent basée sur l'estimation donnée à l'esclave ; il n'y aurait qu'une dation en paiement. Et le mari devant toujours de l'argent bénéficierait du délai de trois ans pour restituer la dot et supporterait les risques, puisque débiteur d'un genre. Tandis qu'avec une stipulation expresse, c'est bien un corps certain qui a remplacé la dot en argent ; le mari devra le restituer de suite et la femme supportera les risques. En d'autres termes, la dot a changé : au lieu d'une somme d'argent, elle est devenue un corps certain.

Voilà la *permutatio dotis* romaine. Et la majorité de la doctrine actuelle voit en elle un cas de subrogation réelle. Tel n'est pas cependant notre avis. La *permutatio dotis* était une convention comme une autre. Rien ne l'entravait dans ses effets. C'est qu'à la différence de notre droit le principe de l'immuta-

bilité des conventions matrimoniales n'existait pas à Rome. Dès lors, à quoi bon avoir recours à une théorie qui, dans notre droit sert de contrepoids à ce principe à la fois utile et nuisible? La volonté juridique à cet égard pouvait plus que chez nous. On n'avait qu'à la laisser agir quand l'occasion se présentait, quand le besoin se faisait sentir de changer les biens dotaux. Le droit romain obtenait par simple convention le but que nous ne pouvons atteindre que grâce à une théorie spéciale.

Appendice. — N'y a-t-il pas un autre caractère particulier qui puisse se transmettre d'un bien à un autre? Il en est un seul qui nous vienne à l'esprit. C'est la qualité de *res furtiva*. La chose volée vient d'être aliénée, d'être vendue par exemple. Le prix sera-t-il furtif comme l'était l'objet vendu volé qu'il remplace dans le patrimoine du voleur? Non, nous répond le Fragment 48 § 7 *De furtis* au Digeste Liv. XLVII, titre II. Au milieu de ce paragraphe nous lisons : *Quod enim ex re furtiva redigitur, furtivum non esse nemini dubium est : nummus ergo hic, qui redactus est ex pretio rei furtivæ, non est furtivus*. Ce qui veut dire : *Il n'est douteux pour personne que ce qui est reçu en échange de la chose furtive n'est pas furtif. Ainsi l'argent qui est reçu comme le prix de la chose furtive n'est pas furtif*. Il serait difficile d'être plus catégorique. Le caractère furtif reste en effet éternellement attaché à l'objet volé. Cette qualité ne peut donc pas se reporter du bien volé au prix de ce bien. C'est l'évidence même.

.

En résumé le seul cas de subrogation réelle que la doctrine récente croit trouver en droit romain, n'y existe pas à notre avis. Dans la *permutatio dotis*, il n'y a rien d'original, de saillant. Si à cela nous ajoutons ou plutôt nous rappelons qu'il est inutile de chercher cette théorie dans les universalités, il nous est permis de nous demander comment cette erreur a pu subsister si longtemps, comment, pendant des siècles, on a trouvé dans le droit romain un appui aux fameuses maximes : *In judiciis*, etc., et *Subrogatum sapit naturam*, etc. Nous croyons cependant le savoir, ne craignant pas de nous répéter puisqu'il y a là, à notre avis, l'expression de la vérité : *La législation romaine, au préjugé de tous nos anciens auteurs, était la raison écrite. Il fallait découvrir en elle la consécration de la subrogation réelle. On l'y trouva et ce fut l'œuvre des anciens interprètes du droit romain.*

ANCIEN DROIT

Je crois qu'il est à peu près avéré aujourd'hui que la théorie de la subrogation réelle ne prit pas naissance en droit romain. Dès lors, où donc trouver son origine si ce n'est dans notre ancien droit? Certes nous n'avons pas la prétention de nous livrer à un examen approfondi de la subrogation réelle dans nos vieilles coutumes, chez nos juristes du temps passé. Et pourtant l'abondance de la littérature sur ce point, l'originalité du développement de cette théorie seraient susceptibles de fournir la matière de travaux qui ne manqueraient pas d'intérêt. Mais il y a là un sujet très vaste, un sujet difficile qui rebute de prime abord, puisqu'il nécessite l'étude d'institutions aujourd'hui disparues, telles que l'examen de la théorie des propres de succession. Force est donc de nous contenter de renseignements superficiels, c'est-à-dire de banalités. Néanmoins le but que nous poursuivons nous oblige à retracer les grandes lignes de cette théorie. C'est le seul moyen d'exposer quelle fut l'évolution de la subrogation réelle; c'est le seul moyen d'indiquer la genèse et le développement à

travers les âges du droit d'un procédé juridique destiné à faire triompher l'équité ; enfin, c'est pour nous l'occasion de montrer l'intime liaison qui existe entre la méthode juridique, les théories doctrinales et les besoins économiques, les préjugés d'une époque.

Pour réaliser ce but, il nous est nécessaire de nous placer à deux points de vue différents : étude pratique de quelques cas de subrogation réelle dans l'ancien droit, étude théorique de l'opinion des auteurs qu'inspirèrent cette pratique juridique.

CHAPITRE I

Etude pratique de la subrogation réelle dans l'ancien droit

De prime abord, on pourrait croire que cette théorie eut un champ d'application très vaste dans notre ancienne législation. Ce qui le ferait supposer ce sont les nombreuses classifications de biens données par les juristes d'autrefois : *Propres de succession, acquêts, propres de communauté, conquêts, immeubles, meubles, biens dotaux, paraphernaux, fief roture, alleu*, pour ne citer que les plus intéressantes.

On avait coutume d'appeler qualités ces diverses classifications et, l'intérêt que l'on pouvait avoir à conserver telle qualité à une série de biens se succédant entre eux, montre aussi l'extension qu'aurait

pu prendre la subrogation réelle dans notre ancien droit.

Mais la subrogation était de droit étroit. C'était une fiction et, pour employer le langage cher à nos anciens auteurs, le *transfert* d'une qualité d'un bien sur un autre ne se produisait que dans les cas spécifiés par la loi et seulement pour les qualités déclarées transmissibles par le législateur.

Parmi ces qualités les unes étaient intrinsèques, les autres extrinsèques, distinction qui n'aboutissait à rien et même faussait les idées. On donnait comme exemple de qualités intrinsèques les qualités de meubles, d'immeubles, choses corporelles, et comme type de qualités extrinsèques celles de propres, de dotaux. Les premières étaient intransmissibles à la différence des autres. La subrogation réelle ne s'appliquait qu'aux qualités extrinsèques. Et cependant la qualité de fief qui, au dire de quelques auteurs était extrinsèque, ne se transférait pas. Il eut été bien préférable de s'expliquer au lieu de vouloir classer à tout prix : rien de plus naturel que les qualités intrinsèques comme celles d'immeubles ne se transmettent pas, car elles ne peuvent pas se détacher du bien, puisqu'elles sont de son essence même. Mais pourquoi la qualité de fief, qui est extrinsèque en réalité, ne se transporte-t-elle pas d'un bien sur un autre ? Nos anciens auteurs répondaient : parce qu'elle est intrinsèque, et par là même faisaient une pétition de principe. La seule explication que l'on puisse donner de son intransmissibilité est que cette qualité intéresse

les tiers (1) (les seigneurs féodaux), et que même prévenus de son transfert ils en subiraient un dommage. Comme disent quelques-uns de nos jurisconsultes, il ya un contrat primordial et, pour le défaire, il faudrait le consentement des deux parties. Pour la même raison les qualités de *chose hypothéquée*, de *bien grevé d'usufruit*, de *chose volée* ne se transportaient pas d'un bien sur un autre. Des tiers en auraient souffert. C'aurait été forcer le consentement du créancier hypothécaire, de l'usufruitier, que de changer l'assiette de leur hypothèque ou usufruit. Les divers droits dont ils sont titulaires sont munis de la prérogative du droit de suite et ils auront toujours la faculté de s'en prendre à l'ancien bien. De même le volé demeure toujours propriétaire de l'objet du rapt. Peu importe qu'un autre bien remplace l'objet volé; la victime restée propriétaire du bien dérobé le revendiquera purement et simplement.

Enfin à l'unanimité nos anciens auteurs et nos vieilles coutumes permettent le transfert des qualités de *propres de succession*, de *propres de communauté*, de *dotaux*, si certaines conditions se trouvent remplies.

En effet, il y a là un rapport entre parties (cohéritiers, époux), et peu importe aux tiers une fois pré-

(1) Renusson seul peut-être de nos anciens auteurs avait aperçu cette raison (Voir *Traité des Propres*, chap. I, sect. x, édition Sérieux, n° 7) « La raison pour laquelle dans l'échange, des héritages conservent leur ancienne qualité de fief, est qu'il y a des tierces personnes intéressées, les seigneurs féodaux ».

venus qu'un immeuble aille à l'héritier des propres ou des acquêts, qu'un meuble soit propre à la femme ou tombe en communauté. Le transfert de la qualité de propre n'a pas une répercussion susceptible de nuire aux tiers, comme l'aurait la transmission de la qualité de féodal.

Cette longue analyse de la notion de qualité nous permet de délimiter les cas de subrogation réelle dans l'ancien droit. Il y aura application de notre théorie dans le transfert de trois qualités principales : *propres de succession, propres de communauté, biens dotaux*.

Il est bien entendu que la qualité de *res universitatis* se transmet aussi largement que possible. Nous avons vu que nos anciens auteurs donnaient de la force à l'application de la subrogation réelle en ce cas, en la basant à tort sur le droit romain.

Mais occupons nous de ce qu'ils nommaient les qualités particulières des biens.

SECTION I

DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LES PROPRES DE SUCCESSION

C'est en cette matière que la subrogation réelle prit sa forme originale dans l'ancien droit. C'est là qu'elle trouva son caractère de fiction. Nous sommes ici en une matière de droit étroit. Seuls ont le caractère de biens propres les biens acquis par succession

ou par donation provenant d'un ascendant. Tout autre mode d'acquisition ne donne naissance qu'à des acquêts. La loi seule a le pouvoir de créer des propres de succession en dehors de ces cas et ce sont les propres fictifs (1). D'où viennent donc ces règles si restrictives ?

Pour y répondre, examinons quelle fut l'origine de la subrogation réelle. La cause de son apparition réside dans le but poursuivi par tous les jurisconsultes de cette époque, de conserver les biens dans la famille. Le patrimoine des ancêtres est considéré comme intangible à l'origine. L'utiliser, en percevoir les revenus, en vivre, c'est bien. Mais l'aliéner est chose dangereuse. La force de la famille disparaîtra avec la vente des immeubles des parents. Qui sait gérer ses biens, sait les conserver indéfiniment dans leur individualité première. Pas ou peu de changements, voilà la pensée du chef de famille vigilant.

Et cependant les aliénations étaient parfois nécessaires. Comment donc protéger les héritiers du sang ?

Les moyens fournis aux héritiers présomptifs, aux lignagers, de contrarier l'aliénation des immeubles patrimoniaux permettent de supposer que primitivement leur consentement, pour ce faire, était indispensable. Cet état de choses, contraire aux néces-

(1) Ils proviennent en effet d'une fiction, la subrogation réelle. Par nature ils seraient acquêts.

sités de la vie pratique, à l'évolution économique, ne pouvait durer. C'est alors qu'apparurent, au profit des lignagers, divers procédés adéquats aux différents dangers d'aliénation qu'ils avaient à craindre : Contre le péril des dispositions testamentaires inconsidérées, l'usage établit la réserve des quatre quints pour les biens qualifiés propres de succession. Contre l'exagération des donations entre vifs, le procédé fut simple, psychologique, cynique peut-être, en tous cas assez efficace : Obliger le donateur à se dépouiller de son vivant. « *Donner et retenir ne vaut* ». Enfin et surtout contre les aliénations à titre onéreux deux institutions prirent naissance : Ce furent le retrait lignager et la subrogation réelle. Comme il était impossible de maintenir longtemps l'inaliénabilité des biens, on chercha un procédé destiné à remplacer cette coutume devenue vite impopulaire⁽¹⁾. L'esprit inventif de nos anciens jurisconsultes découvrit le retrait lignager. Et, comme ce procédé lui-même avait de graves inconvénients pour la sécurité des transactions, la théorie de la subrogation réelle prit naissance. Le retrait comme la subrogation ont le même but : protéger la famille contre les aliénations dangereuses. Mais ces deux procédés se repoussent l'un l'autre. En effet, quand il y a retrait du propre de succession aliéné, la protection est on ne peut plus efficace; les héritiers présomptifs retrouvent le bien familial lui-même. Et on ne com-

(1) C'est là un exemple de ce que nous avons appelé une subrogation de moyens.

prendrait plus l'utilité de la subrogation réelle. Quand le retrait est impossible, le seul moyen susceptible de protéger encore les lignagers est la subrogation réelle. On transportera la qualité de propre de succession du bien aliéné au bien nouvellement acquis; et les héritiers trouveront dans la succession de leur auteur un immeuble de valeur équivalente. Inutile de dire que le procédé qui apparut le dernier fut la subrogation réelle. Il tient compte, en effet, de la nécessité économique de la circulation des biens. Ce n'est plus la stagnation comme l'imposait presque la crainte du retrait. Et c'est pourquoi la subrogation réelle gagna peu à peu tout le terrain que perdit le retrait. Mais, dira-t-on, voilà des réflexions qui auraient pu conduire à élargir la sphère d'application de la subrogation réelle. Cependant il n'en fut rien : La subrogation, en effet, n'était qu'un pis aller, et mieux valait conserver le bien. Pas ou peu de changements de biens et si, par hasard, il y a une mutation quelconque, ce sera le législateur qui, en fixant les cas de subrogation, décrètera l'admission de la qualité de propre sur le bien nouveau. Rappelons-nous, en effet, que ces deux théories, retrait et subrogation, introduites dans nos anciennes coutumes pour protéger les lignagers, furent toujours d'interprétation essentiellement restrictive, que seul le législateur d'alors pouvait admettre deux procédés d'allure aussi grave dans une matière aussi délicate que celle des propres de succession; car l'attribution de cette qualité entraîne des conséquences considérables sur la dévolution des biens.

Ce sont là autant de considérations qui donnèrent à la subrogation réelle le caractère d'une fiction.

L'antithèse entre ces deux théories servira de base à nos développements sur ce sujet.

§ 1^{er}. — LE RETRAIT LIGNAGER ÉCARTE
LA SUBROGATION RÉELLE

Partout où nous trouvons le retrait dans la théorie des propres de succession, la subrogation réelle est mise de côté.

POTHIER (1) définit le retrait lignager : *Le droit que la loi municipale accorde à ceux du lignage du vendeur, de prendre le marché de l'étranger à qui l'héritage propre de leur famille a été vendu, et de se faire, en conséquence, délaisser l'héritage à la charge d'indemniser l'étranger acquéreur de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquisition.* Et il ajoute : *L'attachement de nos pères aux héritages de leurs ancêtres a donné lieu à ce droit dans le pays coutumier.* Plus loin POTHIER nous dit : *Il n'y a que les héritages propres qui soient principalement par eux-mêmes, sujets au retrait lignager; les acquêts ne le sont pas.* Le péril pour les lignagers consiste à laisser réaliser l'aliénation sans retrayer. Car le bien nouvellement acquis est un acquêt sur lequel ils n'auront

(1) POTHIER, Œuvres. Traité des coutumes d'Orléans. Introduction au titre XVIII, *De retrait lignager*, section 1^{re}. Edition BUGNET. Paris 1861, t. 1^{er}, p. 559.

aucun droit. Le but du retrait est donc de conserver les propres de succession au pouvoir éventuel des héritiers présomptifs, rôle qui sera dans certains cas, rempli par la subrogation réelle, mais alors au moyen du transfert de la qualité de propre de succession du bien ancien au bien acquis en remploi. — Le retrait, dans la mission qu'il doit remplir (et nous avons vu quelle elle était) a une sphère d'application assez étendue. Il s'applique, comme le dit POTHIER, à la vente, aux contrats équipollents à vente et mêlés de vente.

A) Vente.

Voici un bien propre qui vient d'être vendu ; pour sauvegarder leur patrimoine éventuel, les lignagers n'ont qu'une ressource, le retrait.

1^o) En effet, la subrogation du prix à l'immeuble propre aliéné est impossible : Si le prix n'est pas payé, le vendeur reste titulaire d'une créance, d'un meuble ; si le prix est payé, le vendeur a reçu de l'argent, encore un meuble. Or, seuls les biens immobiliers sont susceptibles de la qualité de propres de succession : Ce sont, en effet, des biens consistants, qui ne disparaissent pas en un jour. Ils sont visibles, peuvent être surveillés par les lignagers. — Rien de pareil pour les meubles qui peuvent s'évanouir sans que les héritiers présomptifs en aient rien su. La créance du prix, les deniers comptants, ne peuvent donc pas supporter efficacement la qualité de propres de succession. A leur égard, le transfert

de cette qualité est donc impossible. C'est pourquoi les lignagers, ne trouvant pas sous un autre bien la valeur qu'ils ont perdu, ne toléreront pas que l'héritier aux acquêts soit indûment favorisé. Ils exerceront le retrait.

20) Mais en remploi du propre ainsi aliéné, le vendeur acquiert un immeuble nouveau; ce bien prendra-t-il la qualité de propre de succession? Remarquons que la question de l'emploi en immeuble de deniers recueillis dans la succession d'un ancêtre, bien que se présentant sous un aspect un peu différent de la précédente, se solutionne de la même façon. Dans les deux cas, l'immeuble qui remplace, dans le patrimoine du vendeur, soit l'immeuble propre, soit les deniers de succession, ne sera pas un propre de succession, mais bien un acquêt. Exactement il tient le lieu et place du prix ou de deniers, c'est-à-dire d'objets mobiliers qui, eux, étaient des acquêts, puisque les meubles ne peuvent pas être propres de succession. Se substituant à des acquêts ils sont, comme eux, acquêts de succession. Tout le raisonnement repose sur ce principe coutumier que seuls les immeubles peuvent être propres de successions.

Cependant il s'est trouvé un auteur et non des moindres, pour soutenir l'opinion contraire. J'ai nommé RENUSSON (1). Prenant pour point de départ contestable surtout en cette matière, que la conven-

(1) RENUSSON. *Traité des propres*, Chapitre I, Section X, n° 2 et suivants et n° 32.

tion peut produire la subrogation, le célèbre jurisconsulte admet que dans le remploi, la volonté ayant manifesté son dessein sans aucune équivoque, l'immeuble nouvellement acquis sera un propre de succession. — Malheureusement pour la sûreté de sa démonstration, RENUSSON s'appuie sur des textes de coutumes qui, en réalité, ne parlent que des propres de communauté. — Mais notre auteur fonde son opinion sur la logique : Comme la subrogation réelle était admise dans l'échange (ce que nous aurons l'occasion d'examiner plus loin) il essaye de prouver que la vente avec remploi est l'équivalent de l'échange. Economiquement il n'y a pas de différence irréductible entre la vente et l'échange ; (seule l'introduction de la monnaie les fit distinguer). Juridiquement, la vente avec remploi aussi bien que l'échange, garantit la conservation des biens dans la famille. Sans doute un bien propre a été aliéné ; mais il a été remplacé. Et puisqu'on a admis la subrogation réelle dans l'échange précisément parce que ce contrat assurait la conservation des biens des ancêtres, il n'y a plus de raison, à son avis, de traiter autrement la vente avec remploi qui, elle aussi, procure une certaine sécurité à la famille. — Mais est-il bien vrai que la protection des parents de l'aliénateur soit aussi efficace dans un cas que dans l'autre ? C'est ce dont il nous est permis de douter : L'échange, en effet, par sa nature même, assure aux lignagers un immeuble à la place d'un autre ; il y a là une sorte de remploi forcé. Dans la vente, au contraire, il peut très bien se faire qu'une fois l'immeuble propre vendu, le

remploi ne soit pas effectué. Le moyen le plus sûr pour eux d'écarter le redoutable aléa venant du défaut de emploi, est d'obtenir du législateur le procédé du retrait en cas d'aliénation, de préférence à celui de la subrogation. — Allons plus loin et nous constatons qu'il y a une inaliénabilité partielle dans la théorie des propres de succession. Sans doute l'immeuble propre peut en principe être aliéné Mais il est sujet au retrait. En d'autres termes, le propriétaire n'a pas le pouvoir d'en disposer dans toute sa plénitude. Or, il est indubitable que seule la loi peut décider que le bien nouveau sera indisponible dans cette mesure. Le emploi, d'ailleurs, ne tend-t-il pas à un résultat analogue? Le bien nouveau devait être acquêt, donc aliénable à volonté. Mais le emploi le ferait qualifier propre et par suite le rendrait partiellement indisponible. Or, par une simple déclaration de volonté, un individu ne doit pas pouvoir, dans l'ancien droit surtout, établir une certaine inaliénabilité sur un bien. Or, c'est précisément à cela que conduit la théorie de RENUSSON.

Cependant notre jurisconsulte, loin de s'arrêter à cet argument, le prévoit et le réfute d'avance : La volonté, dit-il, peut dans certains cas déroger à la loi. Il en donne pour exemple la clause d'ameublement où un bien qui, d'après la coutume devrait être immeuble, devient meuble de par la volonté des parties. — Mais ici, il s'agit de propres de communauté et nous verrons plus loin qu'en cette matière l'interprétation restrictive est moins de rigueur que pour les propres de succession. D'ailleurs il y a là

une faveur spéciale au contrat de mariage pour lequel notre ancienne législation est déjà pleine de sollicitude et il n'y a aucune raison pour l'étendre à une convention quelconque.

Ainsi l'opinion de RENUSSON ne l'emporta pas.

POTHIER qui représente la doctrine la plus courante en cette matière comme en bien d'autres, était d'un avis opposé : *Les contrats qui donnent lieu au retrait lignager, dit-il (1), sont : les contrats de vente, les contrats équipollents à la vente, enfin les contrats mêlés de vente et d'un autre contrat non sujet à retrait.*

B) Contrats équipollents à vente.

POTHIER (2) énumère ces contrats à propos du profit de quint (3). Ce sont : la dation en paiement ; les donations rémunératoires et les donations onéreuses, lorsque les services ou les charges sont appréciables à prix d'argent ; l'échange contre des meubles ; enfin le bail à rente rachetable.

Parmi ces contrats nous ne retiendrons que les deux derniers qui font non seulement l'objet de la

(1) POTHIER. — Op. cit. Titre XVIII, sect. II, art. 2. BUGNET, tome 1, page 562.

(2) POTHIER. — Op. cit. Chap. V, art. 2, § 1^{er}. BUGNET, tome 1, page 83.

(3) POTHIER (Op. cit., id. loc., page 74), le définit ainsi : *Le profit de quint ou de vente est ainsi appelé parce qu'il consiste dans la cinquième partie du prix de la vente qui est dû au seigneur lorsqu'un fief de sa seigneurie est vendu.*

théorie du retrait, mais qui pourraient évoquer aussi l'idée de subrogation réelle. Néanmoins dans ces deux cas le procédé choisi par la majorité des coutumes et des auteurs pour protéger les lignagers est le retrait.

L'échange d'un immeuble propre de succession contre un meuble ne donne pas lieu à la subrogation qui n'aboutirait pas ici à protéger les héritiers présumptifs. Les meubles, nous l'avons vu, ne sont pas *susceptibles de la qualité de propres de succession*. Ce serait donc la disparition pure et simple d'un propre de succession. (Les acquêts, en effet, intéressent peu les lignagers). Le retrait s'imposait donc ici.

Quoique la question ait été plus discutée pour le bail à rente rachetable, on décidait aussi que c'était le retrait qui servait à sauvegarder les intérêts des héritiers de la même ligne. Un individu aliène un bien propre de succession en retenant sur ce bien (1) une rente stipulée rachetable par l'acquéreur. Décréter propre de succession cette rente (résultat obtenu par la subrogation réelle) aurait été insuffisant. En effet l'acquéreur venant à se libérer de cette entrave, les deniers de rachat comme tous les meubles auraient perdu la qualité de propre. L'immeuble primitif aurait ainsi disparu sans équivalent pour les lignagers.

C) Enfin Pothier nous dit aussi que le retrait a lieu dans les contrats mêlés de vente. Il s'agit là de l'échange avec soulte. Pour peu que la soulte soit

(1) La rente était une sorte de droit réel retenu sur le bien aliéné.

d'une valeur supérieure à celle de l'immeuble avec lequel elle est donnée, il y a contrat de vente d'après la coutume d'Orléans et dès lors retrait. La subrogation ne suffirait pas ici, puisque les lignagers verraient disparaître sans remplacement pour eux plus de la moitié du propre primitif.

Aussi bien dans la vente que dans tous les cas assimilés à la vente, nous constatons le même phénomène : le retrait s'emploie de préférence à la subrogation dans toutes les circonstances où celle-ci ne serait pas apte à protéger suffisamment les héritiers présomptifs. Partout où un bien familial disparaît sans avoir un remplaçant assez sûr, notre ancien droit préfère permettre aux lignagers de reprendre l'ancien bien moyennant indemnité à l'acquéreur.

§ II. — CAS D'APPLICATION DE LA SUBROGATION RÉELLE

Parfois cependant, la subrogation réelle est une mesure capable de conserver les biens dans la famille sans être obligé de recourir au retrait. Il est facile de comprendre la préférence de plus en plus nette de notre ancien droit pour ce procédé. La subrogation réelle sauvegardait en effet les intérêts des lignagers sans être, comme le retrait, désagréable à l'acquéreur du propre aliéné.

Il est probable qu'à l'origine, la subrogation réelle ne s'appliquait même pas à l'échange. Seuls étaient propres de succession les immeubles acquis à titre successoral, ou à titre gratuit s'ils provenaient d'un

ancêtre. En d'autres termes, il n'y avait pas de propres fictifs. Cet état de choses disparut probablement de bonne heure et on trouve, dans l'ancien droit, l'application de quelques cas de subrogation réelle à la matière des propres de succession. Cependant, le caractère de fiction attribué à notre théorie peut être considéré comme une survivance de cet état de choses primitif.

Le principal cas d'application de la subrogation réelle est certainement l'échange. Tous ceux que nous aurons à analyser par la suite dans la théorie des propres de succession dérivent de lui.

A) *Echange.*

C'est qu'en effet, seul de tous les contrats à titre onéreux, il protège efficacement le patrimoine familial. La condition indispensable à l'échange réside dans l'acquisition d'un bien nouveau. Lorsqu'on est en présence d'un échange d'immeubles sans soulte, les lignagers ne perdent rien à cette opération. Leur auteur possédait un bien propre ; il est devenu propriétaire d'un nouvel immeuble. Il n'y a rien de changé, mais à la condition que le nouvel immeuble prenne, comme l'ancien, le caractère de propre de succession. Certes, à l'origine, nos vieux juristes durent trouver étrange qu'un bien acquis à titre onéreux pût revêtir la qualité de propre de succession. Mais grande est la loi, grande est sa puissance : qui l'empêchait de déclarer que, par fiction, l'immeuble acquis à la suite d'un échange serait propre. Nos

coutumes n'allèrent cependant pas jusque-là. Ce furent surtout les derniers auteurs de notre ancien droit qui invoquèrent cette force légale. En tous cas, pour tous il y avait là un principe juridique indéniable qui se passait de démonstration. *Il est évident, dit Loysel* (1), *qu'Héritage échangé est de pareille nature qu'était le contre-échange*. C'était déjà l'avis de Beaumanoir au treizième siècle.

D'ailleurs, les besoins de la pratique le réclamaient. Certainement, la considération essentielle en la matière des propres de succession est, que la famille soit protégée contre les aliénations du lignager. C'est le fondement de toute cette théorie. Mais y a-t-il là un motif suffisant pour entraver à jamais la libre circulation des biens, nécessaire parfois, avantageuse la plupart du temps? De l'antagonisme de ces deux principes devait naître un moyen terme et ce fut la subrogation réelle : grâce à elle, la circulation des biens est sauvegardée ; qui dit subrogation, dit mutation. Grâce à elle aussi, les lignagers sont protégés ; à la suite de l'échange ils trouveront un nouvel immeuble. Une objection se présente pourtant : la même satisfaction est bien accordée aux héritiers présomptifs dans la vente avec remploi en immeuble et malgré cela le bien nouveau est acquêt. Mais à la différence de cette opération juridique, l'échange remplace l'immeuble ancien par un nouveau sans aucune solution de continuité et contre le

(1) LOYSEL. — *Institutes coutumières*. Livre, II titre I. Article 17.

gré même des parties ; il y a remplacement forcé. Le remploi, au contraire, est facultatif. Une fois le bien aliéné, le vendeur peut très bien ne pas remployer. D'autre part, dans l'intervalle entre la vente et l'achat, la qualité de propre s'est évanouie. Des biens meubles, la créance du prix, les deniers comptants, ont un instant remplacé l'ancien immeuble. Or, les meubles ne peuvent être propres de succession. La qualité de propre a disparu. Il n'est plus possible de la retrouver. Ces considérations d'allure pratique, l'entière sécurité des lignagers, firent établir le principe de la subrogation réelle en ce cas.

Très rares furent les auteurs qui, dans l'ancien droit le contestèrent. Il s'en trouva pourtant un : Ce fut MERLIN « *La loi, dit-il, (1) ne donne la qualité de propres qu'aux biens qu'elle nous a transmis elle-même par la voie des successions « ab intestat » et on ne peut l'étendre à ceux que nous avons acquis nous mêmes. Dès lors, à ce point de vue toutes les manières d'acquérir sont égales* ». — La vente et l'échange sont identiques et on les traiteraient différemment!! (Remarquons ici que RENUSSEAU, pour étendre la subrogation au remploi, MERLIN pour la restreindre, emploient le même argument; chose bien triste à constater pour la force des arguments juridiques). D'ailleurs pourquoi, « *ajoute MERLIN, au cas d'échange admettre la subrogation dans certaines qualités (propre) et pas dans d'autres (fief)* »?

(1) MERLIN. — Répertoire, tome 16. Mot Subrogation, page 445.

MERLIN, cette dernière phrase nous le prouve, n'était pas un opportuniste. Il pousse trop loin le goût des raisonnements solides. La cause de son désaccord avec l'universalité de la doctrine de son temps provient de ce qu'il considéra avec trop d'attention les Chartes du Hainaut. Cette coutume, en effet, admettait le retrait dans l'échange et MERLIN en tira la déduction logique, que l'échange ne produit pas la subrogation réelle. Mais cette coutume était exceptionnelle. D'autre part, nous croyons par ce que nous avons dit plus haut, avoir suffisamment éclairci la différence de traitement au point de vue qui nous occupe entre l'échange et la vente avec remploi.

B) *Echange avec soulte*.— Si l'on rejette l'opinion de MERLIN pour l'échange pure et simple, ne doit-on pas se ranger à son avis pour l'échange avec soulte. Car en ce cas, les lignagers peuvent craindre leur dépouillement exactement dans la mesure de la valeur de la soulte. En effet, le mot soulte éveille l'idée d'un complément en argent. Il faudrait donc que le remploi produise la subrogation pour que la crainte des héritiers présomptifs soit injustifiée. Ceci nous explique que BEAUMANOIR admette le retrait dès que dans un échange il y a la moindre soulte. Mais, peu à peu, la nécessité de la circulation des biens se faisant sentir, on toléra la subrogation, même lorsque l'échange se faisait avec une soulte, pourvu que la soulte fût minime. A ce point de vue, les coutumes représentent un bel état d'anarchie :

Les unes admettent le retrait dès que l'échange ne se fait plus exactement but à but; d'autres quand la soulte est égale à la valeur de l'immeuble avec qui elle est donnée; d'autres enfin seulement si la soulte a une valeur supérieure à cet immeuble. Nous concluons donc que certainement la subrogation réelle avait ici un rôle assez large, mais très divers suivant les régions.

C) *Bail à rente irrachetable* (1). Voici un contrat qui, traditionnellement, fut assimilé à l'échange et ceci pour le motif évident, mais d'ailleurs excellent, que la rente irrachetable était de nature immobilière. En réalité il n'y avait là qu'un échange immobilier qui, nous venons de le voir, était un cas d'application de la subrogation réelle. Ceci s'explique : une rente irrachetable donnait aux lignagers une sécurité analogue à celle que leur aurait procuré un fonds de terre, puisqu'elle avait un caractère immobilier. Il en était différemment du bail à rente rachetable : Nous avons vu plus haut qu'en ce cas les héritiers avaient le retrait, puisque la subrogation réelle était insuffisante à les protéger.

En résumé, partout où la subrogation réelle était susceptible de sauvegarder les intérêts des lignagers, on lui donna la préférence sur le retrait. C'était le cas de l'échange et des contrats qui lui furent assi-

(1) Le bail à rente irrachetable était un contrat par lequel un individu aliénait un fonds, à la charge par l'acquéreur de lui fournir une rente perpétuelle. C'était une sorte de droit réel retenu sur le fonds.

milés. Mais le principe de la conservation des biens dans la famille était trop résistant dans notre ancien droit pour que son rival, la libre circulation des biens, pût le faire céder. De là vint le caractère de fiction que conserva notre théorie durant de longs siècles. Ce fut ainsi que, dans la théorie des propres de succession, on restreignit les propres fictifs, les cas de subrogation réelle. Et, par une répercussion toute naturelle, on en arriva à limiter aussi les qualités à transmettre.

Nous avons cru bon d'insister sur la théorie des propres fictifs de succession, sur cette première application de la subrogation réelle. Ce n'était que justice. C'est, en effet, en cette matière que notre théorie prit naissance. C'est là qu'elle y puisa son caractère de fiction. Enfin, c'est là qu'il est le plus intéressant de l'étudier, si l'on se place au point de vue historique; autant de raisons qui, ne se retrouvant pas par ailleurs, nous permettront d'écourter nos développements sur les autres cas de subrogation réelle connus de notre ancien droit.

SECTION II

DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LES PROPRES DE COMMUNAUTÉ

Notre théorie eut ici un rôle plus large, bien qu'encore très restreint; l'idée de la subrogation fiction, une fois née dans la théorie des propres

de succession, se propagea de proche en proche et engloba tous les cas possibles de transfert de qualité. Mais ce n'est pas tout; à un autre point de vue, ce cas de subrogation réelle se trouve sous la dépendance du précédent : les propres de succession sont fatalement propres de communauté pour la raison bien simple qu'en tombant dans la communauté, ils risqueraient d'entrer dans la famille de l'autre époux et d'échapper ainsi aux lignagers. De là provient cette emprise profonde de la théorie des propres de succession sur celle des propres de communauté.

Cependant, deux idées firent admettre plus largement la théorie de la subrogation réelle, en cette matière des propres de communauté : 1^o Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui n'existait pas en droit romain, apparaît dans notre législation. Lorsqu'un bien propre à l'un des époux tombe en communauté, l'autre en acquiert la propriété de moitié sans bourse délier, et l'aliénation des propres des époux sans remploi devient un moyen de se faire des donations (1) par avantages indirects. Or, le moyen d'éviter ces avantages indirects est de déclarer les conventions matrimoniales immuables. Ce qui a été stipulé propre dans le contrat de mariage doit rester propre. Le moyen d'aboutir à ce résultat, tout en ménageant le principe de la

(1) Les donations entre époux étaient généralement interdites dans l'ancien droit, de crainte que les biens d'une famille passent à une autre.

libre circulation des biens, est de déclarer propre de communauté le bien acquis en échange ou en remploi de l'ancien. Et c'est précisément ce but que poursuit la subrogation réelle. Le principe de l'immutabilité, qui se manifeste par le désir de maintenir au nouveau bien la qualité de l'ancien, était donc favorable au développement de la subrogation réelle; 2^o) l'autre cause qui étendit son domaine, et qui est un peu un dérivé du principe de l'immutabilité, réside dans la possibilité de pouvoir attribuer aux meubles la qualité de propres de communauté (1). Ce fut le désir de conserver immuables les conventions matrimoniales qui amena à faire déclarer les meubles propres de communauté. Autrement la subrogation de la créance du prix à l'immeuble propre aliéné, et, par suite, la pratique du remploi eussent été impossibles.

Mais ce résultat ne s'obtint pas en un jour. Avant la réformation de la coutume de Paris de 1580, les meubles tombaient en communauté sans récompense. Ils ne pouvaient être propres de communauté. Plus tard, on prit l'habitude d'insérer la clause de remploi dans les contrats de mariage. Et les réformateurs de la coutume de Paris ne firent que consacrer cet usage lorsqu'ils décidèrent que, même en l'absence de cette clause, le remploi serait possible. C'était dire que la créance du prix, qui est un meuble, a été subrogée à l'immeuble propre aliéné, puis-

(1) Nous avons vu qu'un pareil résultat était impossible pour les propres de succession.

que la qualité de propre se reportait du prix au bien acquis avec lui. C'était admettre que les meubles étaient désormais capables d'être propres de communauté.

[[Un nombre plus considérable de biens devenant susceptibles d'être qualifiés propres de communauté, il n'y eut rien d'étonnant à ce que le domaine de la subrogation réelles s'étendit. Et c'est pourquoi, non seulement nous trouverons en cette matière tous les cas de subrogation réelle de la section précédente, mais encore nous en relaterons d'autres dont l'origine peut être certainement attribuée à l'admission par notre ancien droit des deux principes que nous venons d'indiquer.

A) Nous retrouverons ici les cas de subrogation réelle admis dans la théorie des propres de succession.

Nos développements antérieurs nous permettrons ici d'être brefs.

1^o L'échange immobilier est une source de propres de communauté. On ne pouvait moins faire. Admettre la subrogation dans la qualité de propre de succession, c'était fatalement l'admettre dans la qualité de propre de communauté, puisque les propres de succession sont obligatoirement propres de communauté.

2^o Pour la même raison le bail à rente irrachetable traditionnellement assimilé à l'échange était aussi un cas de subrogation réelle, un cas de transfert de la qualité de propre de communauté de l'immeuble aliéné à la rente irrachetable.

3^o L'échange avec soulte bénéficie même ici d'une interprétation plus large qu'en la section précédente ; c'est ainsi qu'on décidait que l'immeuble acquis moyennant l'aliénation d'un propre et le paiement d'une soulte égale au propre aliéné serait entièrement propre sauf récompense à la communauté dont proviennent les deniers de complément.

B) Nous trouvons ici des cas d'application de la subrogation réelle qui n'existaient pas dans la théorie des propres de succession.

En effet, à coté des deux influences favorables à notre théorie que nous avons signalées plus haut, c'est-à-dire le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la possibilité d'acquisition de la qualité de propre de communauté pour les meubles, nous en relatons une troisième qui consiste en l'absence de la théorie du retrait dans la théorie des propres de communauté. A la différence des lignagers, les époux ne bénéficiaient pas de cette protection si efficace. Pour pallier à cet inconvénient, on fut amené à étendre la sphère d'application de la subrogation réelle.

Désormais la subrogation réelle se produisit dans le bail à rente rachetable, dans l'échange mobilier, puisque les meubles sont susceptibles de prendre la qualité de propres de communauté. Dorénavant la créance du prix fut subrogée au propre aliéné.

Bien plus et c'est là le point sur lequel nous désirons un peu insister, l'emploi et le remploi devinrent des cas de subrogation réelle. L'impossibilité pour les meubles d'être propres de succes-

sion, tel était, nous l'avons vu, l'obstacle qui empêchait l'immeuble acquis en emploi ou en remploi d'être un propre de succession. Cette incompatibilité s'évanouissant ici, l'obstacle disparut.

Mais là n'est pas le point intéressant de cette question. Celui qui nous semble devoir attirer plus spécialement l'attention est le côté historique du point d'aboutissement.

Un bien propre vient d'être vendu; la créance du prix, nous l'avons vu, devient elle-même un bien propre. Mais l'acheteur paie son prix: Tous les deniers étant conquêts, le bien propre n'existe plus que sous la forme d'une récompense, d'une dette de la communauté envers l'époux dont le bien fut aliéné. Ce résultat provient de l'application des règles de l'usufruit qui, pour les biens consommables par le premier usage, comme l'argent, se transforme en quasi-usufruit. Mais les deniers reprennent-ils un caractère distinctif, le remploi est-il effectué, qu'aus sitôt la valeur qui représentait la fortune propre de l'époux par l'intermédiaire de l'ancien bien se retrouve après cette métamorphose sous la forme d'un bien nouveau. L'époux a cessé d'être propriétaire de son bien propre. Mais grâce au remploi il se trouve à nouveau propriétaire d'un autre bien propre. Voilà le résultat auquel aboutit la subrogation réelle, résultat fort simple, mais qui ne fut pas acquis en un jour.

A l'origine, le prix de l'immeuble propre à l'un des époux tombait définitivement en communauté comme tous les meubles sans récompense possible

au profit de l'époux, ainsi dépouillé. C'est pourquoi LOYSEL (1) disait avec raison : *Le mari doit se relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme*. Il est évident qu'un semblable résultat était inique. Aussi les contrats de mariage contenaient-ils une clause dite de remploi ; le mari vendant un bien de sa femme et en remployant le prix, pouvait reconstituer ainsi le propre de sa femme, quand le contrat de mariage contenait cette clause. Mais encore fallait-il que le mari voulut effectuer le remploi. Aussi complétait-on la clause de remploi par celle *d'assignat sur les premiers biens acquis durant la communauté, et à défaut sur les biens du mari*, de sorte que si le mari ne remployait pas, la femme reprenait comme propre, à la dissolution du mariage, un conquêt ou un bien propre du mari. — Sur ces entrefaites se produisit la réforme de 1580 de la coutume de Paris, qui sous-entendit ces deux clauses dans les contrats où on n'avait pas eu la précaution de les stipuler. Mais d'un excès c'était tomber dans un autre : pourquoi le premier conquêt était-il obligatoirement propre de la femme ? C'était méconnaître l'intention parfois évidente des parties, et, danger plus grave, c'était exposer les tiers à se tromper sur le point de savoir quel était au juste le premier conquêt.

Ces deux considérations amenèrent la doctrine à décider qu'il n'y aurait plus de transfert de propriété, au profit de la femme, sur le premier bien

(1) LOYSEL. — Institutes coutumières n° 116.

acheté durant la communauté — et ceci même en présence d'une clause d'assignat expressément stipulée dans le contrat de mariage. — Désormais la femme n'eut plus qu'une hypothèque sur les biens assignés par clause expresse du contrat ou, à défaut de cette stipulation spéciale, la femme ne fut plus créancière, titulaire d'une récompense sur la communauté.

Le remploi même en meubles, pourvu qu'ils ne soient pas consommables au premier usage, produisait donc des propres de communauté à la fin de notre ancien droit. Il y avait là un cas de subrogation réelle. Quant aux conditions nécessaires pour que cet effet se produise, nous les étudierons dans le droit moderne puisqu'elles sont toujours à peu près les mêmes.

Bien que la sphère de la subrogation réelle se fût un peu étendue en matière de propres de communauté (le cas du remploi le prouve), il n'en faudrait pas conclure que la subrogation réelle n'était plus une fiction. Cet élargissement de notre théorie provient surtout du fait que les meubles devinrent capables d'être propres de communauté.

APPENDICE AUX SECTIONS I ET II

DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LE PARTAGE

Il est un contrat dont jusqu'à présent nous n'avons pas parlé, et qui, cependant, dans l'ancien droit, occu-

paît une place en matière de subrogation réelle, surtout par les controverses qu'il souleva. J'ai nommé le partage. Ce contrat est-il un acte *sui generis* ou un échange, voici la clef de voute de toute la question? Est-il assimilé à l'échange, la subrogation réelle se produira et le transfert de qualité s'effectuera du bien cédé au bien acquis. Reconnaît-on au partage un effet déclaratif, la question de la subrogation réelle ne se pose même plus; l'héritier est censé avoir toujours été propriétaire du bien qu'il recueille; c'est-à-dire qu'il n'y a pas de transport de qualité possible du bien ancien au bien nouveau, puisque l'héritier est censé n'avoir jamais été propriétaire du bien ancien.

En droit romain le partage était assimilé à l'échange. C'était un acte à titre particulier.

Mais en droit français apparut le principe de l'effet déclaratif du partage, et malgré cela la subrogation réelle maintint contre toute logique son emprise sur le partage. Ce furent probablement les nécessités de la vie pratique qui apportèrent un obstacle aux rigueurs de la logique. POTHIER (1) lui-même, fut obligé de s'en accommoder : *Selon les principes de notre droit français très opposés à ceux du droit romain, dit-il, les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange : ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient censés acquérir les uns des autres. Un partage suivant nos principes, n'est autre chose qu'un*

(1) POTHIER. — *Op. cit.* Traité du contrat de vente n° 630.

acte qui détermine la part indéterminée qu'avait avant le partage chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée, aux seules choses qui tombent dans son lot. — Les idées de POTHIER sur l'effet déclaratif auraient dû le conduire à dénier toute immixtion de la subrogation réelle dans le partage. Mais ce célèbre jurisconsulte était aussi un esprit pratique et notre théorie avait quelque utilité en cette matière.

Aussi, sans aller quérir les opinions d'autres auteurs, nous contentant de l'autorité de POTHIER, pouvons nous citer les cas suivants : Dans la théorie des propres de succession, la subrogation réelle était admise pour transférer la qualité de propre paternel ou maternel, mais seulement dans les cas où les héritiers copartageants n'avaient pas la successibilité dans les deux lignes. Dans la théorie des propres de communauté, POTHIER en faisait l'application de la manière suivante : Une succession partie immobilière, partie mobilière, advient à l'un des époux. Si le partage se fait sans soulte, l'effet déclaratif s'applique. L'époux, par exemple, est censé tenir directement du défunt tous les meubles. Les héritiers de l'époux tiennent du *De cujus* tous les immeubles. Mais les copartageants de l'époux sont-ils débiteurs d'une soulte, l'effet déclaratif est alors écarté et les meubles que l'époux reçoit de ses cohéritiers comme soulte sont subrogés aux immeubles successoraux et prennent la qualité de propres. On ne peut, en effet, plus dire que l'époux est censé ne tenir ces biens que du défunt, puisqu'en réalité, ils sortent du patrimoine

d'un de ses cohéritiers. En ce cas, le partage tend à se rapprocher de l'échange et voici la raison pour laquelle on fait ici une application de la théorie de la subrogation réelle.

Le transfert de la qualité de propre de succession, la transmission de la qualification de propre de communauté, tels furent les deux avantages que nos anciens auteurs reconnaissaient à la subrogation réelle dans les titres particuliers. Mais ce n'était pas tout : ils trouvaient en elle le moyen de faire passer la qualité de dotal d'un bien sur un autre.

SECTION III

DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LES BIENS DOTAUX

Certainement, en droit romain, la *permutatio dotis* fut admise largement ; mais ce n'était qu'une convention ordinaire ; elle ne contenait pas une manifestation de la subrogation réelle.

Dans notre ancien droit une simple convention n'aurait pas pu obtenir ce résultat. Le principe de l'immutabilité (1) des conventions matrimoniales s'y opposait formellement. Son but était précisément d'éviter que les époux puissent modifier par un simple

(1) On hésite quelque peu sur l'universalité d'application de ce principe dans notre ancien droit. Il n'est cependant pas douteux que notre vieille doctrine lui assigna un large domaine.

acte leurs conventions matrimoniales. Il faisait ainsi complète antithèse au droit romain.

Nos anciens jurisconsultes admirent pourtant que, par fiction, la loi permettait dans certains cas la transmission de la qualité de bien dotal. Mais certainement pour l'emploi dotal, et moins sûrement pour le remploi, il fallait que cette possibilité eut été stipulée dans le contrat de mariage.

Quant à l'échange, il était licite (2) et avait pleine efficacité même si le contrat de mariage n'avait rien stipulé. Cette différence de traitement s'explique par le fait que, dans l'échange, la substitution d'un bien à un autre est immédiate et obligatoire par la nature même de ce contrat.

Remarque.— Dans notre ancien droit, les auteurs comme les coutumes, s'expliquent rarement sur l'aliénation forcée dans ses rapports avec la subrogation réelle. C'est pourquoi nous renvoyons cette étude au droit moderne.

Nous venons de voir la transmission de trois qualités essentielles dans notre ancien droit, propres de succession, propres de communauté, dotaux, qui donnent naissance à la plupart des cas de subrogation réelle de la législation d'antan.

Y eut-il une théorie générale qui présida à l'élaboration de ces données concrètes ?

(2) La question était diversement résolue suivant les coutumes. De nombreuses coutumes exigeaient pour sa validité qu'il soit avantageux à la femme. Cependant en général on l'admettait sans stipulation expresse du contrat de mariage, bien que la dot immobilière fût inaliénable.

CHAPITRE II

Théorie générale de la subrogation réelle dans l'ancien droit.

Bien que de nombreuses divergences de détail aient apparu dans la doctrine, l'accord était fait sur le caractère juridique à donner à la subrogation réelle. C'était une fiction de la loi, sauf dans les titres universels comme les successions, où elle se produisait de plein droit. Dans les universalités juridiques, répétait-on à l'envi, *res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*. On voulait dire par là que la qualité de bien faisant partie de tel patrimoine se transmettait aisément. La fongibilité des divers éléments du patrimoine avait frappé l'esprit de nos anciens auteurs, et c'était une de leurs manières de l'exprimer. Nous ne saurions mieux faire en cette

occurrence que de leur donner la parole. DENISART (1) s'exprime ainsi : *La subrogation d'une chose à une autre n'est dans la vérité qu'une fiction, parce qu'il n'est pas possible qu'une chose soit autre que ce qu'elle est effectivement : ainsi cette subrogation, quoiqu'elle puisse être plus ou moins parfaite, ne l'est jamais entièrement. Exemple : « Aux termes de l'article 143 de la coutume de Paris, dans le contrat d'échange, qui est le plus propre à opérer la subrogation, la chose subrogée acquiert la qualité de propre, si celle à laquelle elle est subrogée avait cette qualité ; mais elle n'acquiert point la qualité de fief ; preuve que la subrogation est encore imparfaite »*. — C'est RENUSSEAU (2) qui nous dit : *Toute subrogation est une fiction qui vient de la loi ou de la convention : Or, toute fiction est de droit étroit qui ne s'étend pas hors le cas exprimé par la loi ou par la convention*. Et ailleurs (3) : *L'échange est presque le seul de nos contrats particuliers à qui l'on ne conteste point le privilège de produire expressément la subrogation par lui-même, parce que la loi le lui a donné*. Et plus loin : *Il faut observer que toute subrogation ne peut avoir lieu ou que dans les cas prévus par la loi ou que dans ceux*

(1) DENISART. *Collection de décisions nouvelles*. Tome IV. Mot subrogation, n° 5.

(2) RENUSSEAU. *Traité des Propres*. Chapitre I, section X, n° 2.

(3) RENUSSEAU. *Traité des Propres*. Chapitre I, section X, nos 19 et 36.

autorisés par la jurisprudence. Enfin, MERLIN (1) est catégorique : *La subrogation de choses ne consiste jamais que dans une fiction, car on peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité. Les fictions légales ne peuvent être établies que par la loi ou par des conventions que la loi autorise.*

Ce caractère général une fois admis, c'est alors qu'apparaissent les difficultés, surtout dans la recherche d'un critère. Quelles étaient exactement les conditions d'admission de la subrogation réelle ? A cet égard les divergences étaient complètes entre les auteurs ; on disait : Pour que la subrogation se produise, il faut : 1° que la qualité à transférer soit susceptible de se transmettre, c'est-à-dire, soit extrinsèque (exemples : propre, dotal). Les qualités intrinsèques s'attachent aux biens et ne peuvent les quitter (exemple : qualité d'immeuble). Les qualités extrinsèques peuvent, au contraire, se détacher d'un bien et se reporter sur un autre ; distinction introduite par DUMOULINS qui, bien que précieuse à certains égards, à d'autres n'aboutissait pas : La qualité de fief, généralement considérée comme extrinsèque ne se transmettait cependant pas. 2° On décidait aussi qu'il fallait pour l'admission de la subrogation réelle, que la chose subrogée soit susceptible de la qualité qu'avait la chose remplacée, condition qui n'était pas discutée ; car elle avait l'inestimable privilège de proclamer

(1) MERLIN. *Répertoire de jurisprudence*. Lettre S. Tome 16. Mot : Subrogation.

l'évidence. 3^o Enfin, la subrogation disait-on, devait être équitable ; condition qui par son caractère vague permettait aux divers auteurs de donner libre cours à leur appréciation personnelle. Aussi cette incertitude faisait-elle dire à LEBRUN (1) : *J'avoue que qui pourrait donner des règles certaines sur une matière aussi confuse que celle-ci, ne mériterait pas peu du public.*

Car même sur le principe de la subrogation-fiction des divergences se produisaient. MERLIN était d'une sévérité à toute épreuve ; RENUSSON admettait que non seulement la loi, mais, dans certains cas assez limités il est vrai, la convention pouvait produire la subrogation. Enfin LEBRUN, esprit doucement sceptique et profond analyste, tenait grand compte des besoins de la pratique. Ce fut lui qui introduisit *la condition d'équité pour que la subrogation fût possible.*

La seule chose que l'on puisse certifier, c'est qu'à des degrés divers la subrogation était considérée comme une fiction à deux points de vue différents, au point de vue des qualités à transmettre et au point de vue des cas dans lesquels le transfert d'une qualité transmissible s'effectuait.

En résumé les cas de subrogation réelle varient à l'infini avec les coutumes ; les théories doctrinales sont nombreuses et différentes. Néanmoins le caractère de fiction de la subrogation réelle tend à

(1) LEBRUN. *Traité des Successions*. Livre II, chapitre I, section I, n^o 63.

dominer et les textes coutumiers et les opinions des auteurs. Cette manière d'être lui vint du milieu où elle naquit, *les propres de succession*. Son caractère découle de la préférence marquée des individus pour la conservation des biens de famille. (La qualité de propre de succession dut-elle se transférer, mieux valait cependant garder si possible le bien familial). L'interprétation restrictive donnée à cette théorie provenait aussi de ce que dans la matière où elle vit le jour, elle avait un suppléant, le retrait qu'elle repoussa peu à peu, mais qui à l'origine la rendait à peu près inutile. Enfin le désir de raréfier ses cas d'application est une conséquence naturelle de la conception que l'on se faisait des biens dans notre ancien droit : Les biens, en particulier les immeubles, étaient précieux par eux-mêmes et non par la valeur qu'ils représentaient, survivance de l'époque féodale où l'homme avait la situation sociale du bien qu'il possédait. Dès lors l'attachement de l'individu pour son bien et la méfiance avec laquelle était considérée l'aliénation ne sont plus susceptibles de nous étonner.

Maintenant nous ne considérons les biens qu'au point de vue de leur valeur, que comme instruments de valeur ; et qui ne sait que la valeur est un sol constamment mouvant. A la noblesse de la terre s'est substituée la noblesse de la richesse, profonde modification économique qui explique bien des changements dans les théories juridiques. Un état économique nouveau réclame des procédés neufs, une interprétation rajeunie de nos vieilles théories

de droit. La subrogation réelle, de fiction qu'elle était dans notre ancienne législation, est devenue une réalité économique. A vrai dire elle-même n'a pas changé de nature. Ce sont les idées, les conceptions humaines qui ont évolué.

DROIT MODERNE

Dans notre ancien droit, nous avons vu régner pendant longtemps une certaine confusion entre la théorie du remploi et celle des récompenses. Il en est, d'ailleurs, ainsi à l'origine de toute idée neuve. Cependant le mélange des deux théories disparut d'assez bonne heure et du temps de Pothier la ligne de démarcation était posée entre elles. Inutile de dire que la terminologie, étant aujourd'hui nettement fixée, correspond à des réalités que nous allons analyser.

Lorsque l'on parle de subrogation réelle, il est une pensée générale qu'on sous-entend, que l'on évite de divulguer comme trop évidente et la voici : En général, la subrogation réelle a pour objet de faire passer un droit réel affectant une chose sur le bien qui viendra la remplacer. Et ce fut peut-être là une des raisons de détail qui, indépendamment de l'idée de fiction, fit pendant le dix-neuvième siècle presque

tout entier, dominer l'interprétation restrictive. Le transfert de droit réel est parfois d'angereux pour les tiers ; en tous cas, si le principe de la publicité ne pénétra pas notre droit durant la première moitié de ce siècle, il n'en reste pas moins vrai que le transfert d'un droit réel d'un bien sur un autre est une faveur exceptionnelle. Toujours est-il que, même encore aujourd'hui, la pensée dominante est qu'il n'y a de subrogation réelle que pour les droits réels. Notre théorie s'analyse donc en une mutation d'un droit réel avec les modalités qui peuvent l'affecter, d'un bien sur un autre. C'est ainsi que dans l'article 1407 du Code Civil, on transporte le droit de propriété exclusif de la femme du bien aliéné sur le bien acquis en échange, au lieu de faire de ce bien acquis, à titre onéreux durant le mariage, un conquêt ; et, ce qui plus est, ce bien nouveau restera sous l'administration et la jouissance du mari, chef de la communauté, car c'est un propre. C'est ainsi qu'il est possible, si le contrat de mariage le permet, de transférer la propriété de la femme sur le bien acquis en remploi du bien dotal vendu, en maintenant sur le bien nouveau la qualité dotale qui le rend à son tour aliénable seulement sous condition de remploi. C'est encore le transport d'une partie (le droit de préférence) du droit réel d'hypothèque de l'immeuble incendié sur l'indemnité d'assurance, que réalise la loi du 19 février 1889. Enfin, c'est bien le droit réel de propriété de l'absent de retour qui se reporte du bien vendu par l'envoyé en possession définitif sur le bien obtenu à sa place.

Mais n'y a-t-il pas une autre manière d'envisager la théorie de la subrogation réelle? Ne pourrait-on pas dire qu'il y a subrogation réelle dans le fait, pour la femme mariée, de perdre son droit de propriété sur un bien, mais de recouvrer un droit de créance sur l'ensemble du patrimoine de la communauté et du mari, d'obtenir en autres termes une récompense ; point de vue qui jusqu'alors n'a pas été envisagé et qui sera examiné à la fin de ce travail.

Quoi qu'il en soit, on est d'accord pour admettre que la subrogation réelle consiste surtout en un transfert de droits réels. C'est là son but, c'est aussi son utilité, sa raison d'être. C'est un moyen d'avantager un individu qui a tous les droits de l'être. C'est un procédé destiné à faire régner l'équité.

A ce point de vue, on peut dire qu'il n'y a de subrogation réelle que du particulier. Il s'agit toujours de faire passer un droit réel d'un bien sur un autre. On a, par exemple, à démontrer pour chaque bien que l'on revendique en matière d'absence, que telle chose fût acquise en échange ou des deniers de la vente de l'ancien objet. Cette preuve est exigée pour chaque bien réclamé. L'héritier, au contraire, une fois son titre d'héritier admis, revendique un ensemble de biens, le patrimoine du défunt ; il a un titre universel. L'absent de retour lorsqu'il invoque la subrogation n'a qu'un titre particulier. Il est vrai qu'il en est différemment quand il réclame les biens qui n'ont pas été aliénés par l'envoyé en possession.

La remarque précédente nous permet donc de conclure que c'est à tort que l'on a voulu dis-

tinguer la subrogation réelle générale de la subrogation réelle spéciale. Car la subrogation réelle est toujours spéciale. Le patrimoine au point de vue de la subrogation est divers. Il n'est un, que pour répondre du droit de gage général des créanciers et pour être transmis héréditairement. Mais quand on l'envisage suivant le rôle qu'y remplit la subrogation réelle, il se décompose en un ensemble de fonctions. Il est ainsi vu sous son aspect dynamique. En puissance, le patrimoine est un ensemble de fonctions. Au point de vue statique, au contraire, c'est l'ensemble des valeurs pécuniaires positives et négatives ressortissant à une même personne.

Ces considérations préliminaires nous feront écarter, au cours de ce travail, la division traditionnelle, le plan généralement suivi jusqu'alors : subrogation réelle spéciale et subrogation réelle générale. Nous étudierons donc la subrogation réelle d'après le but qu'elle poursuit, d'après les fonctions qu'elle remplit. Et ce sera là l'examen pratique des cas de subrogation réelle. Après quoi, nous tâcherons d'élucider la théorie générale de la subrogation réelle.

Donc :

Première partie. — Etude pratique de la subrogation réelle.

Deuxième partie. — Etude théorique de la subrogation réelle.

PREMIERE PARTIE

ETUDE PRATIQUE DE LA SUBROGATION RÉELLE

Elle réside en l'examen des divers cas de subrogation réelle admis par la législation française. Mais notre travail resterait incomplet s'il n'indiquait pas rapidement les données fournies par la législation allemande en cette matière. Aussi nous proposons-nous de le faire en un appendice à cette première partie.

Comme bien l'on pense, nous nous attacherons à la législation française, au droit français du Code civil, tel qu'il est modifié par notre jurisprudence ; car, sans nos tribunaux, ce ne serait ici qu'un tissu de théories démodées que nous aurions à transcrire. Le reproche, adressé à toute codification, de fixer en

des moules trop rigides des règles de droit en constante évolution, se révèle en notre matière plus que nulle part ailleurs. Nul doute, en effet, que la théorie consacrée par notre Code civil fut celle de la subrogation-fiction. L'interprétation restrictive dominait notre ancien droit, nous avons vu plus haut pour quelles raisons. Quelque novatrice qu'ait été la Révolution, il nous semble difficile d'admettre qu'elle ait modifié les conceptions juridiques en cette matière. D'ailleurs, la doctrine antérieure et contemporaine de notre Code civil, les auteurs de notre code eux-mêmes n'étaient-ils pas partisans de la subrogation-fiction ? Merlin, qui soutint avec acharnement cette conception dans son Répertoire, eut une influence notable sur l'élaboration de notre codification. Rien que de très naturel à conclure que notre Code vit dans cette théorie une fiction qu'il établissait, dans certains cas, à titre d'exception, comme toutes les fictions. — Notre jurisprudence, tenant compte de plus en plus des besoins de la pratique, des modifications apportées dans les doctrines juridiques, par suite de l'évolution économique, s'écarta chaque jour davantage de la théorie admise par notre Code. Elle multiplia les cas de subrogation réelle, alors que notre loi écrite réclamait l'interprétation restrictive. En tous cas, elle fut pour nous l'heureuse cause d'une notable économie, celle de nombreuses lois. Il est vrai que ce ne fut pas sans élargir singulièrement son rôle d'interprète.

Il nous faut donc examiner la subrogation réelle dans la législation française, modifiée qu'elle est par

la jurisprudence, et, pour ce faire, nous avons cru bon de grouper les cas de subrogation réelle d'après le but que réalisait cette théorie.

Tantôt elle a pour objet de reporter des pouvoirs d'administration d'un bien sur un autre, tels qu'ils existaient auparavant ; tantôt elle conserve une valeur au profit d'individus, d'une famille, d'un groupe. Parfois elle a pour fonction de maintenir, d'une chose sur une autre, les droits de préférence entre créanciers. Dans certains cas, elle cherche à reporter la qualité d'effet successoral d'un bien sur un autre. Enfin, son but est souvent d'éviter l'enrichissement sans cause (1). Autant de motifs, autant de fonctions qui feront l'objet d'autant de chapitres.

CHAPITRE I. Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation de pouvoirs d'administration, tels qu'ils existaient antérieurement.

CHAPITRE II. Cas où elle a pour but la conservation d'une valeur au profit d'individus, d'une famille, d'un groupe.

CHAPITRE III. Cas où elle a pour but le maintien de droits de préférence entre créanciers.

(1) Mais, me dira-t-on, éviter l'enrichissement sans cause, c'est précisément le but de toute subrogation réelle. Sans doute ; mais, dans certains cas, elle a un but plus essentiel, plus immédiat, et c'est là le motif qui nous permet de justifier notre division.

CHAPITRE IV. Cas où elle a pour but la conservation de la qualité d'effet successoral.

CHAPITRE V. Cas où elle a pour but d'éviter l'enrichissement sans cause.

Certes, nous n'avons pas la prétention de n'avoir omis aucun cas de subrogation réelle. Mais cette classification en comprend un nombre déjà respectable qui nous suffira à apporter quelque précision à cette théorie.

CHAPITRE PREMIER

Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation des pouvoirs d'administration tels qu'ils existaient antérieurement.

Il s'agit de la transmission des qualités de bien propre et de bien réservé. La première a pour but de reporter du bien aliéné au bien nouvellement acquis le droit de propriété de la femme et le droit de jouissance de la communauté dont le mari est administrateur. La deuxième va faire reposer le droit de copropriété de la femme laborieuse et ses droits de jouissance, d'administration et même de disposition à titre onéreux, sur les biens qu'elle a acquis en remplacement des biens réservés, qu'elle a aliénés. Voici quelle est la signification exacte de ce que l'on a appelé commodément transfert de qualité. Exami-

nous comment s'opère la subrogation réelle dans ces deux cas.

SECTION I. — *Transmission de la qualité de bien propre.*

SECTION II. — *Transmission de la qualité de bien réservé.*

SECTION I

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN PROPRE

Sous les régimes de communauté, le bien propre est celui dont les époux conservent personnellement la propriété et dont le mari, chef de la communauté, a l'administration et la jouissance. Tous les biens, sauf l'argent et les choses consommables au premier usage, sont susceptibles d'être qualifiés propres; les meubles aussi bien que les immeubles peuvent l'être. Cependant les meubles propres sont plus rares sous la communauté légale que sous la communauté d'acquêts, puisqu'en principe sous notre régime légal tous les meubles sont communs, qu'ils soient acquis à titre onéreux ou à titre gratuit, antérieurement ou postérieurement au mariage.

La signification et la sphère d'application de cette qualité une fois précisées, il nous faut examiner les cas où elle va se transmettre, et nous le ferons en étudiant d'abord les cas où la subrogation réelle s'opère directement, puis les cas où cette transmis-

sion ne s'effectue que moyennant l'accomplissement de certaines formalités. Les premiers comprendront l'échange et la subrogation à la chose, du prix et des créances qui peuvent lui être comparées. Les autres consisteront en l'étude de l'emploi et du remploi.

Cette distinction repose sur un fondement assez solide, l'absence ou l'existence de formalités indispensables à l'admission de la subrogation réelle. Elle s'explique de la manière suivante : les deniers, l'argent ne peuvent qu'être propres imparfaits. En d'autres termes, ils tombent dans la communauté à charge de récompense. L'époux qui les a fournis est devenu créancier de la communauté dont l'usufruit se transforme en quasi-usufruit sur les biens consommables au premier usage. Or, c'est le fait de l'argent. Mais les époux peuvent désirer employer ou remployer ces deniers tombés en communauté, les transformer en un bien capable de revêtir le caractère de propre parfait. Et ils le peuvent, grâce à la théorie de la subrogation réelle. L'intérêt attaché à cette opération est évident : l'époux dont le bien a été remployé, au lieu d'être créancier de la communauté, est propriétaire du bien acquis en remploi ; au lieu d'exercer ses reprises en deniers, il les exercera en nature. Les créanciers de la communauté, avec qui les époux venaient au marc le franc quand le remploi n'était pas effectué, vont voir, par ce procédé, diminuer notablement leur gage. Qu'importe ! Il serait bien peu équitable qu'ils s'enrichissent par suite de l'aliénation d'un bien propre à l'un des époux. Quand ils ont contracté, ils n'ont escompté comme gage que les

bien acquêts ; le remploi a plein effet à leur égard. Mais encore faut-il qu'ils soient, ainsi que les autres tiers, suffisamment prévenus. Ils le seront, grâce à un ensemble de formalités que nous aurons à décrire plus loin. Une fois ces formalités accomplies, c'est-à-dire les tiers bien prévenus, on peut admettre, aussi largement que faire se peut, la subrogation réelle. Car la seule restriction à son extension en cette matière, comme en bien d'autres, consiste dans la protection des tiers. Nous verrons d'ailleurs tout cela plus amplement dans notre théorie générale. Mais, dès à présent, il était intéressant de constater l'importance de cette idée, qui explique la distinction des cas où la subrogation s'effectue directement et indirectement.

§ I. CAS OU LA SUBROGATION RÉELLE S'OPÈRE DIRECTEMENT, SANS L'INTERMÉDIAIRE D'AUCUNE FORMALITÉ.

I. SUBROGATION DU PRIX A LA CHOSE.

Elle s'opère dans les cas suivants :

A) *Vente d'un propre.*

Article 1433 du Code civil : *S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, et que le prix en*

ait été versé dans la communauté, le tout sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés.

Cet article prévoit le cas où le prix est payé, à la communauté : alors l'époux vendeur exercera un prélèvement sur les deniers communs ; car il est devenu créancier. Mais si le prix n'est pas payé, l'époux n'exercera pas de prélèvement ; car il n'est pas créancier ; il est resté titulaire du prix, ce qui est bien préférable (raisonnement *a contrario* tiré de l'article 1433 et strictement conforme à la logique).

Prenons un exemple : Un des époux, la femme par exemple, possédait un bien propre, un droit de propriété, une servitude, un usufruit sur un immeuble. Elle vend durant le mariage (1) cet immeuble ou

(1) Certains auteurs ont admis que le prix de l'immeuble, qui aurait été destiné à devenir propre plus tard et qui serait vendu dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage du mariage, était subrogé à cet immeuble et devenait propre si le mariage était célébré : opinion qui voit en l'article 1404 (2°) du Code civil un cas de subrogation réelle. A notre avis, il y a là une erreur : Cet article loin de consacrer notre théorie n'avait qu'un but, celui de rendre inutile la possibilité de fraude de l'un des époux envers l'autre, indiquée par POTHIER au numéro 281 de son traité sur la communauté. Deux époux qui possèdent une fortune mobilière considérable et à peu près équivalente, adoptent dans leur contrat de mariage la communauté légale. Mais avant la célébration du mariage un des époux peu scrupuleux s'empresse de transformer sa fortune mobilière en immeuble. De cette façon à la dissolution de la communauté, il reprendra intacts ses apports représentés par cet immeuble, tandis que son con-

laisse racheter son droit réel qui grevait l'immeuble d'un tiers. Elle est devenue créancière du prix de vente sur l'acheteur. Cette créance lui restera propre tant qu'elle n'aura pas été acquittée; car elle est subrogée à un bien propre; la communauté n'en aura que la jouissance. Seuls les intérêts du prix tomberont en communauté. Mais le prix, une fois

joint plus honnête, verra la moitié de son avoir personnel aller à lui comme conquêts. Aussi POTHIER, et après lui le Code civil, décidèrent-ils que l'immeuble ainsi acquis serait commun. Mais, certains auteurs, nous l'avons dit, allèrent plus loin en soutenant que dans le cas inverse la solution serait équivalente. Le prix de l'immeuble aliéné entre le contrat et le mariage serait propre. Car, disent-ils, les conventions matrimoniales sont immuables et le prix de l'immeuble, qui sera plus tard un propre par suite de la célébration du mariage, doit rester propre. Pour mieux dire le contrat de mariage fixerait le régime matrimonial à sa date et rétroactivement, s'il est confirmé par le mariage. Le contrat de mariage serait passé sous la condition *si nuptiæ sequantur*, condition qui, comme toutes, a un effet rétroactif. Mais c'est précisément en ce raisonnement que réside l'erreur. Car, il est impossible que le régime matrimonial régie les biens des époux, avant que ceux-ci aient ce titre. Au moins faut-il attendre que le mariage seul, capable de le leur donner ait été célébré. C'est un tort de soutenir que le contrat de mariage est un contrat passé sous la condition de la célébration du mariage. Car, avant la cérémonie à la mairie, le contrat de mariage n'est qu'un projet qui n'a pas d'effet obligatoire par lui-même. Jusqu'à ce moment, il n'y a rien de fait. La célébration du mariage sera seule capable de le vivifier. Aussi bien le régime matrimonial n'existant pas avant le mariage, la qualité de propre ne peut affecter tel ou tel bien et la subrogation réelle n'a rien à voir à cette matière exclusivement réservée à une disposition arbitraire et d'ailleurs excellente du législateur.

payé, le droit de jouissance de la communauté se transforme en quasi-usufruit sur les deniers, type des biens consommables au premier usage. Cette somme d'argent deviendra un acquêt ; le prix perdra avec le paiement la qualité le propre. Mais le prix encore dû reste propre même sous la communauté légale. Car il représente un bien propre.

Par conséquent :

1^o Les créanciers du mari ou de la communauté ne pourront pas le saisir. Ils peuvent saisir indifféremment les biens propres du mari ou les conquêts, à cause de la confusion de fait qui s'est opérée entre la communauté et le patrimoine du mari. Mais pareille confusion ne se produisant pas pour les propres de la femme, ils ne peuvent pas les saisir.

2^o Le mari ne pourra pas déléguer le prix de vente d'un bien propre de sa femme à ses créanciers. Ce serait en disposer. Or, il jouit des propres de sa femme sans pouvoir les aliéner. C'est la femme qui, munie de son autorisation, pourra en disposer.

3^o Enfin, à la dissolution de la communauté, la femme n'aura pas à subir le concours des créanciers de son mari et de la communauté.

La créance du prix du bien propre aliéné lui est donc subrogée. — Un simple complément de ce prix revêt-il aussi la qualité de propre ?

B) Action en rescision pour lésion des 7/12 dirigée par l'un des époux contre la vente d'un de ses propres.

Un immeuble de l'un des futurs époux d'une valeur

de 120.000 francs a été vendu avant le mariage 40.000 francs. L'époux ainsi sacrifié attaque la vente. L'alternative suivante s'ouvre à l'acheteur : ou s'obliger à payer le complément de son prix ou restituer à l'époux son immeuble propre.

1° Il s'engage à payer à l'époux le complément de son prix. Quel sera le sort de cette créance ? Elle sera propre ; car elle est subrogée à l'action en rescision qui est immobilière, qui représente un droit réel retenu dans l'immeuble ; raisonnement simple, sujet peut-être à une objection : Car on ne peut retenir qu'un seul droit réel sur un immeuble vendu et c'est le privilège du vendeur. Or ici la vente était complète, le prix payé comptant, et l'on comprendrait difficilement la survivance de ce privilège, de ce droit réel.

Mais il nous faut distinguer :

Si c'est le régime de la communauté d'acquêts qui a été adopté après la vente sujette à rescision, la créance de complément du prix qui est un meuble antérieur au mariage restera propre, même le prix fut-il payé, ce qui en ce cas donnerait lieu à remploi.

Est-ce au contraire la communauté légale qui est devenue le régime matrimonial des époux, le prix payé ou non est devenu, en tant que meuble, un bien conquêt sans récompense puisque par hypothèse c'est une créance, un meuble antérieur au mariage. Le complément du prix est donc conquêt ; l'accessoire doit être de même nature que le principal.

Telle est donc l'objection que l'on pourrait présenter à la majorité des auteurs qui admettent que le

complément de prix est propre comme subrogé à une action immobilière qui est propre elle-même. Cette solution en tous cas a le mérite de la simplicité.

2^o Si l'acheteur opte pour le second parti, n'use pas de la faculté de compléter le prix, l'époux vendeur reprendra son immeuble comme propre, en faisant rescinder la vente. C'est l'application pure et simple de l'article 1402 du Code civil. Or, la jurisprudence, par son interprétation, donne à l'époux la possibilité de reprendre l'immeuble qu'il a aliéné. Elle considère qu'ayant le moyen de le recouvrer par une action en nullité, résolution ou rescision, il en a la possession légale au moment de son mariage.

Mais voici l'hypothèse inverse.

C) Action en nullité, action en rescision dirigée par le vendeur contre l'époux acheteur. Restitution du prix.

Un des époux acquiert avant le mariage un immeuble propre dans des conditions licites, en dehors de l'application de l'article 1404 (2^o). Mais le vendeur mineur émancipé ne s'est pas muni des autorisation et homologation exigées par la loi ; ou encore un individu a consenti la cession de son immeuble moyennant un prix dérisoire, ou bien il l'a vendu à réméré. Une fois les époux mariés sous la communauté légale il attaque la vente qui est annulée, rescindée ; ou il use du pacte de réméré. Il reprend son immeuble, mais en revanche, il s'engage à rendre à l'époux le prix que celui-ci lui avait versé. Ce prix

sera-t-il un bien propre ou un bien commun ? La théorie courante admet qu'il est acquêt. Car les nullités rétroagissent, c'est-à-dire que l'époux acheteur est censé n'avoir jamais été propriétaire de son immeuble, mais toujours d'une somme d'argent. Et comme tous les meubles antérieurs au mariage sont communs, le prix de l'immeuble qu'il a acquis avant le mariage tombe dans la communauté (1). Quelque logique que soit cette argumentation, des doutes peuvent cependant s'élever. Le législateur, en établissant son régime légal, n'a fait qu'interpréter la volonté des époux. Or, en notre espèce n'est-elle pas certaine ? Les époux sans doute ont adopté la communauté légale, mais l'un et l'autre savaient bien que l'immeuble apporté en mariage restait propre à celui d'entre eux dont il provenait. Et c'est, ce me semble, suivre leur volonté que de décider que le prix qu'on s'est obligé à leur rendre, reste propre, comme représentant dans le patrimoine de l'un deux une valeur qu'ils ont voulu propre, puisqu'ils ont adopté la communauté légale en connaissance de cause.

Ces explications nous permettent d'être plus bref dans le cas suivant :

D) Cas d'éviction.

(1) Sous la communauté d'acquêts certainement ce prix serait propre. Car tous les biens antérieurs au mariage meubles et immeubles restent propres à l'époux. Car ils ne proviennent pas des économies de la communauté ni du travail des époux durant le mariage.

Un des époux a apporté en mariage un immeuble qui n'appartenait pas à son vendeur ou qui était grevé d'hypothèque. Tiers détenteur de la chose d'autrui ou d'un immeuble hypothéqué, il se voit évincé. Après l'exercice de son recours contre son ancien vendeur, celui-ci reconnaît le bien fondé de sa demande, devient le débiteur du prix que l'époux lui avait versé. Ce prix sera propre comme subrogé à un immeuble propre aujourd'hui disparu. Ici comme dans le cas précédent, en donnant cette solution, nous ne faisons que suivre l'intention des époux. Et le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne signifie pas autre chose : ne pas s'écarter de l'intention des époux au moment de leur mariage.

Voici donc de nombreux cas où les époux se trouvent ou se retrouvent en possession du prix d'un bien propre à l'un deux.

Il nous faut maintenant examiner dans quelle mesure se produit la subrogation de cette créance du prix au propre aliéné ou disparu.

Tout le prix, mais seul le prix sera propre.

1^o Tout le prix sera propre. Si, comme le cas se présente souvent, dans l'acte de vente on a dissimulé une partie du prix dans le but d'éviter les droits de mutation, il sera loisible à l'époux, qui se réclame de la subrogation du prix, de prouver quel il était en réalité, d'invoquer la contre-lettre.

2^o Seul le prix sera propre.

En conséquence, la femme mécontente de la vente de son immeuble, ne pourrait pas soutenir que son

bien a été aliéné moyennant un prix inférieur à sa valeur réelle, et se porter pour le surplus créancière de son mari, car elle n'avait qu'à ne pas consentir à cette vente.

Remarque. — Dans tous les cas de subrogation du prix que nous venons d'examiner, nous nous sommes efforcés de montrer que c'était une créance, la créance du prix qui remplaçait dans le patrimoine de l'un des époux son bien propre aliéné. C'est, nous l'avons vu plus haut, la condition *sine qua non*, d'une subrogation directe.

Nous abordons maintenant l'étude de cas où la créance qui sera subrogée directement au propre rappelle plus ou moins le prix, mais sans avoir juridiquement ce nom.

II. SUBROGATION A UN BIEN PROPRE DE CRÉANCES SE RAPPROCHANT DU PRIX

Examinons-les, en commençant par celle qui rappelle le plus un prix de vente pour terminer par celle qui s'en distingue le plus nettement.

A) Soutte de partage ou prix de licitation entre cohéritiers.

A cet égard se pose une question du plus grand intérêt, celle de l'antagonisme entre l'effet déclaratif du partage et la subrogation réelle, question d'ail-

leurs théorique que pour cette raison nous renvoyons à plus loin. Mais dès à présent nous devons mentionner les résultats acquis en jurisprudence.

Une succession, partie mobilière, partie immobilière advient, en concours avec d'autres cohéritiers à l'un des époux mariés sous le régime de la communauté légale. S'en tiendra-t-on, pour la détermination de la proportion des meubles et immeubles successoraux, c'est-à-dire des propres et des conquêts, aux résultats du partage ou à la dévolution successorale elle-même. La jurisprudence, appliquant l'effet déclaratif du partage dans les rapports du copartageant et de ses propres ayants cause, décide que l'on s'en tiendra à la proportion des meubles et immeubles recueillis par l'époux, telle qu'elle résulte du partage. Toute idée de subrogation réelle est donc écartée en ce cas.

Mais voici qu'une succession purement immobilière échoit à l'un des époux, ou bien on licite un immeuble entre cohéritiers dont l'un est marié sous la communauté légale. La soulte, le prix de licitation, représentant un immeuble seront propres. Cour de Douai, 9 mai 1849. D. 1850. II. 144.

La Cour de Cassation, dans un arrêt rapporté au Dalloz, 1851. I. 287, alla plus loin et décida que, dans une succession partie mobilière et partie immobilière, la soulte, dans la mesure où elle dépassait le mobilier de la succession, pouvait être considérée comme remplaçant un immeuble et à cette concurrence devait rester propre. Car l'époux ne pouvait plus être censé avoir recueilli directement du défunt

des biens, qui, en réalité, sortaient du patrimoine de l'un des cohéritiers. — Le but primordial de l'effet rétroactif du partage est d'éviter que l'un des cohéritiers soit inquiété par les ayants cause de l'autre. Mais lui faire régir les rapports d'un cohéritier avec ses propres ayants cause, c'est le détourner de son but originaire. Il est parfois périlleux de pousser un principe juridique jusqu'à ses conséquences extrêmes.

B) Indemnité d'expropriation.

Quand un Etat, un département, une commune exproprient un des époux d'un de ses biens propres, l'indemnité, qu'elle soit fixée à l'amiable ou par le jury, peut être considérée comme un prix de vente et comme lui la créance à cette indemnité reste propre, Il n'y a là rien que de très naturel.

C) Indemnité d'assurance.

Parce qu'elle pouvait être plus difficilement assimilée à un prix de vente, la subrogation à l'immeuble incendié de la créance à cette indemnité sur une Compagnie d'assurance fut plus difficilement admise. Durant longtemps on fit le raisonnement suivant :

Les indemnités d'assurance, disait-on, sont obtenues grâce au versement des primes. Or, ces primes sont payées par la communauté et prises en général sur les revenus auxquels elle a droit. Il est équitable, concluait-on, que ce soit la communauté qui

profite de l'indemnité. — La jurisprudence a heureusement fait justice de cette erreur. Aujourd'hui on admet que l'assurance est une charge normale de gestion, correspondante à l'usufruit. C'est donc la communauté qui, bénéficiant de la jouissance des biens des époux, doit assurer le paiement des primes. En conséquence, la créance d'indemnité due par la Compagnie d'assurances représente non pas les primes versées, mais bien la valeur de l'immeuble incendié. Et comme lui elle sera propre. C'est ce que décide un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 mars 1857. D. 58. II. 61.

D) Indemnité due par un tiers — Enfin, il serait désirable que la créance en indemnité due par un tiers, à raison du dommage qu'il a causé à un bien propre, fût propre elle-même. C'est un incendie qui détruit l'immeuble non assuré de l'un des époux. Ce dernier a un recours contre lui. Cette créance sur cet individu est subrogée au lieu et place de l'immeuble incendié et comme lui doit être exclue de la communauté. Rien ne s'y oppose : La subrogation réelle, nous le verrons plus loin, n'est pas une fiction ; c'est une réalité économique. Elle recherche la conservation d'une valeur au travers des transformations que celle-ci peut subir. La question s'est d'ailleurs posée dans le régime dotal et on a admis la subrogation de l'indemnité due par un notaire qui avait fait mal placer un bien dotal et qui, de ce chef, devait des dommages-intérêts. *A. fortiori*, doit-on décider de même pour un bien propre, puisque la transmission

de la totalité, s'effectue plus difficilement que le transfert de la qualité de propre.

E) *Indemnité allouée à la victime d'un accident.*

L'activité de travail est pour la grosse majorité de la classe ouvrière le bien principal, pour ne pas dire son seul bien. Or, l'activité créatrice, source de la plus grande partie des biens est, comme eux, sujette à disparition, à réduction à la suite d'un accident survenu au travailleur.

Le patron ou celui par la faute de qui l'individu laborieux voit son activité se restreindre, disparaître même, devient débiteur envers lui d'une indemnité représentative de la valeur de sa force de travail.

Quel sera le sort de l'indemnité représentative de l'activité du travailleur marié sous un régime de communauté ? Sera-t-elle propre ou acquêt ?

La même question se pose pour l'indemnité due par une Compagnie ou une Mutuelle à l'individu assuré contre les risques de disparition ou de réduction de son activité laborieuse. Que l'indemnité soit versée par une Compagnie d'assurances ou l'auteur de l'accident, la même solution s'impose. Car, depuis quelques années, on considère avec raison comme inexacte l'opinion qui voit dans l'indemnité d'assurance la représentation des primes versées. L'indemnité due par l'auteur de l'accident ou par l'assureur est toujours représentative du dommage causé, c'est-à-dire de la disparition ou de la réduction de l'activité humaine.

Sous la communauté légale sans doute, tout le mobilier est commun aux termes de l'article 1401 du Code civil. Mais à cette règle il y a des exceptions et l'une d'entre elles précisément décide que le bien meuble subrogé à un propre est propre. Le point essentiel est donc de déterminer le caractère de l'activité humaine. Bien que la communauté soit fort compréhensive sous ce régime, il nous a paru impossible d'y englober la manifestation de la personnalité des époux, c'est-à-dire leur activité même. Ce serait une atteinte à la liberté individuelle. Certes le produit du travail tombe en communauté. Mais sa source nous semble devoir en être exclue. Par conséquent les indemnités obtenues en remplacement de cette activité, et qui en sont la représentation, indemnités de réparation par un tiers, indemnités d'assurance par une Compagnie, seront des éléments propres du patrimoine de chaque époux.

En pratique la question fut résolue à diverses reprises sous la communauté d'acquêts. Témoins deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 23 février 1897. D. 98. I. 121 ; l'autre de la Cour d'Orléans du 31 mai 1910. D. 1911. II. 225.

La Cour de cassation décide que l'indemnité due à l'un des conjoints par l'auteur d'un accident, condamné par application de l'article 1382, ne tombe pas dans la communauté si elle est réduite aux acquêts. Par contre la Cour d'Orléans soutient que l'indemnité versée par une Compagnie d'assurances contre les accidents aux héritiers du mari, tombe en

communauté. Il s'agissait là d'une indemnité autre que celles obtenues en vertu des lois du 9 avril 1898 et du 31 mars 1905. Pour les réparations dues aux personnes visées dans ces lois, le doute n'est pas possible. Car l'article 3 de la loi de 1898 décide formellement que ces rentes sont incessibles et insaisissables. Or la mise en communauté équivaut à une cession partielle.

On trouve cependant, dans le dernier arrêt que nous venons de citer, l'exposé des motifs suivants : *L'indemnité doit être commune parce qu'elle doit profiter à toutes les personnes qui retireraient un profit de l'activité du défunt et qui éprouvent un préjudice du fait de sa disparition.* Nombre d'accidents se terminent, hélas ! par la mort de la victime, du mari. En ce cas ce n'est pas la communauté qui souffre de sa disparition, puisqu'elle est dissoute, mais bien la femme personnellement ; et ce n'est pas la même chose. S'il y a seulement diminution de l'activité de la victime, les intérêts du capital versé compenseront la restriction apportée au travail de l'individu par l'accident.

C'est à tort que la Cour d'Orléans invoque les termes de l'article 1498 du Code civil, en affirmant que l'indemnité versée par la Compagnie d'assurance est un acquêt *provenant* de l'industrie commune. L'indemnité de réparation due par un tiers, d'assurance due par l'assureur, n'est pas le produit du travail de l'un des époux. C'est la représentation de son activité. Il faut singulièrement élargir le sens du mot *provenant* pour lui donner la signification

que la Cour d'Orléans lui attribue. Le législateur, personne n'en doute, emploie la plupart du temps les mots dans leur sens normal. Enfin les motifs que nous avons indiqués à propos de la communauté légale pour conférer le caractère propre aux indemnités allouées à la victime d'un accident se retrouvent ici avec une force plus considérable encore, puisque la communauté d'acquêts est bien moins compréhensive que la communauté légale. D'ailleurs opter pour le caractère propre de ces indemnités, c'est suivre l'impulsion donnée par le législateur de 1898.

Jusqu'à présent nous n'avons vu que la subrogation à un bien propre d'une créance, créance du prix, créance en indemnité. Il est temps de nous occuper de la subrogation d'une chose à une autre, de l'échange qui est aussi un cas où la subrogation s'effectue sans intermédiaire.

III. — ECHANGE

Article 1407 du Code civil : *L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné; sauf la récompense s'il y a soulte.*

Il semblerait d'après ce texte, que seul l'échange immobilier soit susceptible de produire la subrogation réelle. Il n'en est cependant rien. Notre Code a

prévu *id quod plerumque fit*, l'hypothèse normale sous un régime de communauté légale. Mais rien ne s'oppose à ce qu'un meuble échangé contre un immeuble ou un meuble propre ne devienne propre lui-même, à condition qu'il ne soit pas consommable au premier usage.

De même, l'immeuble obtenu en échange de l'aliénation de plusieurs usufruits propres sur divers immeubles, sera propre. On objecte : Si l'époux qui a fait cet échange meurt le premier, les propres, qu'il possédait sous forme d'usufruits sur des immeubles, auraient disparu. Ç'aurait été la communauté qui en aurait profité, s'il les avait gardés. Aussi, dit-on, est-il équitable que le bien acquis en échange, soit conquis. C'est une erreur à notre avis. Car l'époux a voulu échanger un propre incertain contre une sécurité.

Notons au passage que l'on pourrait économiquement considérer la vente comme un échange. La créance du prix serait reçu en échange d'un immeuble propre à l'un des époux.

Quoiqu'il en soit, l'échange a la force de produire un propre automatiquement. Les formalités sont destinées à avertir les tiers. A quoi bon les exiger ici ? Elles ne serviraient à rien. Il suffit de consulter l'acte d'échange pour voir quelle était la qualité de l'ancien immeuble. Dans le remploi, au contraire, on n'aurait pas exigé de formalités que les tiers eussent été dans l'impossibilité de suivre la filière des opérations juridiques. Mais ici, par suite de l'absence d'un objet intermédiaire, du prix, la chaîne des opérations

est réduite à l'extrême. Il n'y en a qu'une qui, par elle-même, indique et l'origine de la nouvelle acquisition et l'intention manifeste d'obtenir un nouveau propre. La subrogation s'effectue donc automatiquement. C'est pourquoi la cour de Nancy décida que les formalités du remploi étaient inutiles lorsque des époux échangeaient plusieurs immeubles, les uns propres, les autres communs contre un nouvel immeuble. Une simple expertise suffit à déterminer dans quelle proportion le nouvel immeuble sera commun et propre. Nancy, 3 mars 1869. D. 1869. II. 85.

Si l'échange est par lui-même un cas de subrogation, la subrogation y est-elle imposée aux époux ? Ceux-ci peuvent-ils convenir dans l'acte d'échange que le nouveau bien sera commun ? En autres termes l'article 1407 est-il d'ordre public ? Certainement les époux peuvent convenir, dans leur contrat de mariage, que le bien acquis en échange d'un immeuble propre aliéné sera conquêt. Une telle stipulation n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Et, d'autre part, l'article 1387 établit formellement le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Mais la question se corse dans l'hypothèse suivante : Les époux n'ont pas fait de contrat préalable à leur union et sont donc mariés sous la communauté légale. Or, au cours du mariage, ils conviennent d'écarter l'article 1407. MM. AUBRY et RAU (1) soutiennent

(1) AUBRY et RAU. — Cours de droit civil, 4^e édition, tome V. § 503.

que cela leur est possible. Car cet article n'établirait à leur avis qu'une présomption de subrogation réelle, que les époux auraient le pouvoir de répudier à leur gré durant le mariage. Chose singulière ! Avec ce raisonnement, il serait loisible aux époux d'écarter après coup toutes les règles de la Communauté légale : Car le législateur ne fait que présumer leur volonté en l'établissant. En réalité le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce qu'un bien, qui devait être propre d'après le régime matrimonial des époux, conventionnel ou légal, devienne un bien commun. Et sans plus de commentaires, puisque c'est là notre cas, nous pensons qu'il faut décider que l'article 1407 est d'ordre public une fois que les époux ont adopté la communauté légale (1).

Nous avons supposé, jusqu'à présent que l'échange se faisait but à but, que les biens échangés étaient d'une valeur équivalente. Mais *quid*, s'il y a une soulte ?

Il nous faut distinguer :

La soulte est due par le tiers : un immeuble de 100.000 francs, appartenant à l'un des époux, est échangé contre un immeuble de 75.000 francs. Le tiers est redevable d'une soulte de 25.000 francs. Cette créance de l'époux sera propre : elle peut être assimilée à un prix de vente.

(1) Voyez le traité de BAUDRY-LACANTINERIE. — LE COURTOIS et SURVILLE : *Contrat de mariage*, Tome I, n° 94, page 128, 3^e édition 1906. Tome XVI de la collection.

Mais la soulte est due par l'époux au tiers : l'article 1407 semble trancher nettement la question, et néanmoins trois opinions se sont fait jour :

1^o LAURENT (1), qui a l'habitude de s'appuyer sur la lettre du Code civil, décide que l'immeuble acquis en échange sera propre, quelle que soit la valeur de la soulte. Le législateur, dit-il, ne distingue pas, et l'interprète ne peut que le suivre. En effet, la distinction est une disposition arbitraire que seul le législateur peut consacrer : telle la rescision de la vente d'immeubles pour cause de lésion de plus des 7/12.

Le contrat cessera-t-il d'être un échange quand la soulte représentera la moitié, le tiers, le quart du marché total ? Seul le législateur peut le décider. Il ne l'a pas fait ; ce n'est pas à l'interprète de prendre sa place. Décider le contraire, c'est faire la loi. LAURENT apporte cependant un tempérament à cette règle absolue : s'il y avait fraude, les parties intéressées seraient admises à prouver que le prétendu échange est une vente et que, par conséquent, l'immeuble est un conquêt. *Fraus omnia corrumpit*.

A l'appui de son opinion, LAURENT invoque un arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1870. D., 1871. I. 156. La ville de Paris avait exproprié une maison propre au mari ; en retour elle lui donnait un terrain à bâtir et s'engageait à lui verser une soulte de 25.000 francs. Le mari durant le mariage

(1) LAURENT. — Principes de droit civil, 1876. Tome XXI, n^o 357.

fit édifier des constructions sur ledit terrain. (Or les constructions sur un immeuble propre prennent la qualité de propres sauf récompense à la communauté, si c'est elle qui les a payées de ses deniers). Dans le partage qui suivit le décès du mari, le notaire déclara les constructions édifiées sur cet immeuble en partie propres, en partie communes. Car, disait-il, l'immeuble reçu en échange était propre en partie et commun pour le reste, puisque la soulte avait une certaine valeur. Puis il attribua l'immeuble à la femme. Ceci ne fit pas l'affaire de l'enregistrement, qui dans la mesure où le notaire avait décidé que l'immeuble et les constructions étaient conquêts, ne pouvait percevoir de droit de mutation. Aussi demanda-t-il, que l'immeuble et les constructions y édifiées soient considérés comme propres au mari pour le tout. La Cour de cassation lui donna raison et lui permit de percevoir des droits de mutation sur toute la valeur de l'immeuble transmis ;

2^o A l'opposé de LAURENT se trouve M. GUILLOUARD (1). Il distingue suivant que la soulte dépasse la moitié de la valeur du marché total. En ce cas, l'immeuble acquis en échange est conquêt pour le tout. Au contraire, est-ce l'immeuble avec lequel la soulte est versée, qui dépasse de plus de la moitié la valeur de cette soulte, le nouvel immeuble acquis en échange est alors propre pour le tout. S'il y a égalité entre l'immeuble aliéné et la soulte, on s'en tiendra à la qualification donnée au contrat par les parties.

(1) GUILLOUARD. — Contrat de mariage. Tome II, n^o 466.

C'est l'application pure et simple de la prétendue règle : *Major pars trahit ad se minorem*. Règle qui n'est écrite nulle part dans nos lois et que pour cette raison nous repoussons.

3^o Enfin reste une troisième opinion qui est celle qu'enseignait déjà POTHIER, et qui est suivie par la majorité de la doctrine. Si la soulte a peu d'importance, et c'est le juge qui le décidera, l'immeuble sera propre pour le tout sauf récompense. Si, au contraire, elle a une importance considérable, le nouvel immeuble sera partie propre, partie commun. En d'autres termes, cette opinion qui nous semble la plus raisonnable, fait une exacte application de la théorie de la subrogation réelle en la combinant avec le texte de l'article 1407 du Code civil. En interprétant à la lettre cet article il faudrait décider qu'un immeuble de 100.000 francs acquis en échange de l'aliénation d'un immeuble de 5.000 francs et d'une soulte de 95.000 francs, serait propre pour le tout.

Quant à la jurisprudence elle est encore divisée sur ce point. Un arrêt de la Cour d'Angers du 25 mai 1859. S. 1859. II. 614, semble se rapprocher de l'opinion de LAURENT. Mais l'arrêt déjà cité de la Cour de Nancy du 3 mars 1869, D. 1869. II. 85. admet la troisième opinion. De même l'arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1870. D. 1871. I. 156, que LAURENT invoque à l'appui de sa thèse, nous paraît plutôt consacrer l'opinion de POTHIER. Sans doute il déclare, malgré la soulte, l'immeuble obtenu

en échange propre pour le tout. Mais en l'espèce la soulte avait une importance minime.

Il semble donc que nos tribunaux s'orientent dans le sens de l'opinion consacrée par la majorité des auteurs. C'est heureux. Car en interprétant à la lettre l'article 1407, la femme pourrait, d'accord avec son mari, échanger ses propres contre des biens de valeur supérieure, et ceci dans le but de dépouiller les créanciers de la communauté et du mari, qui n'ont action que sur les biens de la communauté et du mari (1). Certainement ceux-ci auraient recours à l'action Paulienne. Mais qui ne sait que ses conditions d'exercice en rendent la preuve délicate, que la fraude par exemple est bien difficile à mettre en lumière. Aussi est-ce là une raison de plus, pour appliquer exactement la théorie de la subrogation réelle, à moins que la soulte ait une valeur insignifiante.

(1) On peut nous objecter que, si la femme accroît son propre, en revanche elle devient débitrice de la communauté, lui doit une récompense, et que les créanciers atteindront les propres de la femme en exerçant les récompenses de la communauté, leur débiteur (article 1166). — Mais pour ce faire, ils sont obligés d'attendre la dissolution de la communauté. L'attribution injustifiée de la qualification de propre à un bien qui aurait dû être commun pour partie, retarde donc beaucoup l'exercice de leur droit de saisie, ce qui peut avoir pour eux les conséquences les plus néfastes.

§ II. — CAS OU LA SUBROGATION RÉELLE NE S'OPÈRE
QU'INDIRECTEMENT, GRACE A L'ACCOMPLISSEMENT DE
CERTAINES FORMALITÉS.

Exception faite de l'échange, dans tous les cas précédents, l'époux qui aliène un de ses propres devient titulaire de la créance du prix ou d'une indemnité. Or, à la différence du propriétaire d'un objet corporel, qui détient l'objet sur lequel porte son droit, le titulaire d'une créance n'obtient aucune jouissance de son droit par lui-même. Pour cela, il faut qu'il agisse en justice, qu'il réalise son droit; après quoi, il sera devenu propriétaire de deniers. Mais l'argent est un bien consommable au premier usage. Aussi n'est-ce pas l'époux qui en est devenu propriétaire, mais la communauté en vertu de son quasi-usufruit. Le mari ou la femme n'ont donc fait que changer de débiteur. Or si, pour le mari, cela importe peu, puisqu'il est directement tenu, il en est autrement de la femme dont les propres échappent aux créanciers du mari et de la communauté. Par conséquent, on voit l'intérêt qu'elle aurait à pouvoir se présenter comme propriétaire du bien acquis des deniers de son propre aliéné. Ou, pour mieux dire, elle ne courrait plus aucun danger s'il y avait subrogation réelle, si la qualité de propre se transmettait au bien acquis à la place de l'ancien. De plus, elle bénéficierait des avantages de plus-value du nouveau bien. Or, grâce à la théorie du remploi, ce transfert

pourra s'effectuer. La subrogation réelle est un résultat, le remploi un moyen de l'obtenir. C'est qu'en effet, cette transmission ne peut pas se faire simplement comme au cas d'échange et de subrogation de la créance du prix à la chose; car, l'argent provenant de l'aliénation d'un propre une fois tombé en communauté, on ne peut le retirer qu'en prévenant les tiers, les créanciers de la communauté, et voilà, la raison pour laquelle un ensemble de formalités a été exigé en ce cas pour transférer la qualité de propre.

Nous n'avons pas à faire ici l'étude complète du remploi, sa nature, les clauses du contrat de mariage auxquelles il peut donner lieu. Nous ne parlerons que des conditions moyennant lesquelles on obtient le résultat cherché, la subrogation réelle. Nous dirons aussi quelques mots de son effet, qui est la transmission de la qualité de propre.

Mais auparavant il est bon de s'expliquer sur le point vivement controversé qu'est l'emploi.

I. — DE L'EMPLOI

Pendant le mariage, un tiers donne à l'un des époux, la femme, mariée sous un régime de communauté, une somme d'argent en stipulant qu'elle n'entrera pas en communauté. C'est possible, puisque l'article 1395 ne régit que les rapports des époux entre eux. Malgré cela, cette somme tombe en communauté à charge de récompense. Car tous les

deniers sont communs. Mais est-il possible d'employer cette somme en l'achat d'un immeuble qui restera propre à la femme. Certains auteurs et non des moindres soutiennent que non. C'est ainsi que LAURENT (1) pense qu'il n'y a plus un remploi, puisque rien n'a été aliéné. On sort donc de l'hypothèse prévue par les articles 1434 et 1435 du Code civil, qui admettent une fiction que l'on ne doit pas étendre. Bien plus sérieux est l'argument de MM. LE COURTOIS et SURVILLE (2) *En effet, disent-ils, la somme d'argent propre à l'un des époux ne peut l'être que dans un sens imparfait, en ce sens que le conjoint, à la dissolution de la communauté aura droit à la reprise d'une somme égale. La communauté devient donc propriétaire en tant que quasi-usufruitière. Substituer à ce propre imparfait, à cette créance de reprise, un bien, qui serait propre au conjoint dans le sens strict du mot, ce serait en réalité modifier le régime matrimonial tel qu'il a été accepté lors du mariage ».*

Cependant ce n'est pas là, l'opinion dominante; car il ne faut pas trop s'attacher à la lettre du Code civil qui prévoit ordinairement les hypothèse normales. Or, l'emploi est d'ordre exceptionnel. D'ailleurs, à s'en tenir aux textes, l'opinion dominante vers laquelle nous penchons, peut en invoquer un : L'article 1595 deuxième alinéa du Code civil dit que

(1) LAURENT, op. cit. Tome XXI, n° 363.

(2) LE COURTOIS et SURVILLE, op. cit. Tome XVI, n° 382.

le mari peut céder un bien à sa femme « *pour le emploi de deniers à elle appartenant, si ces deniers ne tombent pas en communauté* ». Quant à dire que l'emploi choque le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il nous est difficile de le comprendre. Je suppose que le tiers, qui a fait cette donation avec la clause d'exclusion de communauté, mette un certain temps à se libérer. La femme serait créancière de cette somme et sa créance serait propre ; car les meubles qui ne sont pas consommables au premier usage peuvent être propres. Le tiers aurait donné des titres au porteur que l'on ne ferait aucune difficulté pour décider qu'ils sont propres. Dans le premier cas, la femme aurait une créance sur un particulier ; dans l'autre, une créance sur une société, sur un Etat, sur une commune. Le tiers doit donc pouvoir lui donner une créance sur lui-même, comme il pourrait la gratifier d'une créance sur un autre. Et dans ces deux cas, le emploi serait possible, une fois ces créances remboursées. Tous les propres imparfaits sont susceptibles de devenir des propres parfaits à la suite de transformations, si les conditions de publicité sont accomplies. C'est la valeur, que représentent les biens quels qu'ils soient, qui est propre. Qu'importe ses transformations.

D'ailleurs, la Cour de cassation admet l'emploi. Cassation 16 novembre 1859. D. 59. I. 490. On peut consulter aussi deux arrêts rapportés au Dalloz. D. 1885. II, 319 et D. 1862. II. 159. Récemment, cependant, la Cour de Bordeaux s'est rangée à l'opi-

nion adverse : Bordeaux, 26 mai 1902. Recueil Bordeaux, 1902. I. 308.

II DU REMPLOI

S'il y a certaines hésitations sur la validité de l'emploi, aucun doute ne subsiste plus sur l'effet du remploi. Il reconstitue le patrimoine particulier des époux. Un immeuble ou un meuble propre est-il aliéné, une servitude active de l'un des époux est-elle rachetée, on remplacera les deniers qui, de ce fait, sont entrés en communauté, par un immeuble ou un meuble qui sera propre.

Le nouveau bien peut être un meuble comme un immeuble. Car les meubles sont susceptibles de la qualité de propre. Et une créance hypothécaire, par exemple, donne autant de sécurité à la femme qu'un immeuble. De même le remploi peut avoir lieu après l'aliénation d'un propre mobilier comme d'un propre immobilier. Si, dans ces deux cas, les articles 1434 et 1435 ne parlent que d'immeubles, c'est que, sous la communauté légale, les propres mobiliers sont rares. Mais, dans les deux cas, les formalités que nous indiquerons plus loin sont exigées.

Il n'est pas nécessaire que le bien acquis en remploi le soit d'un tiers. Certainement, le mari ne pourrait pas s'attribuer, à titre de remploi, un bien de la communauté. Car il attendrait que les chances de plus-value se soient dessinées pour effectuer le remploi de son propre. Mais il peut très bien donner en

remploi à la femme un de ses propres ou un bien commun ; un de ses propres, car l'article 1595 (2^o) le lui permet expressément ; un bien commun, car c'est la communauté qui est la principale débitrice du emploi.

Donc, le emploi peut être valablement fait au moyen de l'acquisition de portion indivise d'un immeuble appartenant pour le surplus à un tiers ou même à l'autre époux. Douai, 31 mars 1852. D. 53. II. 187.

Le emploi partiel est admis ; le surplus du prix tombé en communauté fera, au profit de l'époux, l'objet d'une récompense à la dissolution de la communauté, s'il n'a pas été employé depuis.

Quid, si l'immeuble acquis en emploi a une valeur supérieure à celle du bien qu'il remplace. Si cet excédent de valeur est minime, le nouvel immeuble sera propre pour le tout, sauf récompense à la communauté. Au contraire, cet excédent de valeur est-il considérable, il y a lieu de présenter une discussion et une solution analogues à celles que nous avons fournies précédemment à propos de l'échange.

Le emploi s'analyse donc en une substitution d'un bien à un autre. Seulement, ce remplacement, au lieu d'être immédiat et apparent par lui-même, comme au cas d'échange, se fait ici au moyen de deux opérations juridiques, dont la seconde devra être reliée à la première par des déclarations précises ; et ceci nous amène à examiner quelles sont les conditions du emploi.

A) Remploi au profit du mari :

L'article 1434 exige une double déclaration : il faut que le mari déclare que le nouvel immeuble est acquis des deniers provenant de l'ancien et pour lui tenir lieu de remploi. La jurisprudence est nettement fixée en ce sens. Cas, 25 janvier 1904. S. 04. 1. 305. La déclaration d'origine des deniers est de toute nécessité ; voici de l'argent qui est tombé en communauté ; pour en retirer ces deniers, pour leur rendre leur individualité, le caractère propre qu'ils auraient si tout l'argent n'était pas commun, il faut le déclarer. En d'autres termes, il faut prévenir les tiers ou leur rappeler que telle somme est tombée en communauté et qu'on va l'en retirer, puisqu'on en a le droit. Mais il n'est pas nécessaire que ce soit la somme même qui a été versée après l'aliénation du propre qui soit remployée. Car, tous les deniers sont fongibles et il serait vraiment ridicule d'obliger le mari à garder une somme improductive jusqu'à ce qu'il ait trouvé une bonne occasion de remploi.

On a soutenu que cette déclaration d'origine des deniers suffisait (1). C'est une erreur aujourd'hui

(1) POTHIER soutenait cette opinion, et c'est ce qui pousse RODIÈRE et PONT à fournir un argument qui nous paraît aujourd'hui bien périlleux. En effet, disaient-ils, l'article 1434 emploie la conjonctive « et » par erreur. Le législateur de 1804 a voulu employer comme POTHIER la disjonctive « ou », et c'est aussi par erreur que s'est glissée dans le Code la conjonctive « et ». — Mais à quoi bon vouloir corriger la loi, alors surtout que la majorité des auteurs de notre ancien droit exigeaient cette double déclaration.

reconnue. Car cet avertissement des époux pourrait avoir pour but de rappeler et de préciser quelle sera la récompense de l'époux qui a procuré ces deniers. Aussi la Cour de cassation exige-t-elle avec raison la double déclaration. Cas. 20 août 1872. D. 72. I. 406.

C'est qu'en effet la déclaration d'emploi a elle aussi son utilité. Sans aucune équivoque, elle manifeste, l'intention du mari de remployer les deniers provenant de son bien propre. Elle complète aussi très bien la déclaration d'origine des deniers, et grâce à elles deux, les tiers se rendent compte nettement du cycle des opérations. Le mari pouvait aussi bien acquérir un immeuble pour la communauté que pour lui ; à la suite de la déclaration d'emploi, un doute ne se comprendrait plus.

Elle est nécessaire même au cas où le mari se rend acquéreur de partie d'un immeuble dont il était déjà propriétaire par indivis. En l'absence de cette déclaration, l'immeuble lui sera propre, mais en vertu de l'article 1408 du Code civil. A la dissolution de la communauté, il lui devra donc récompense du prix moyennant lequel il a acquis la part indivise, sauf à exercer lui-même la reprise du prix de ses propres aliénés. Si le remploi avait été effectué régulièrement, il n'y aurait ni récompense, ni reprise en deniers. En vertu de l'article 1434 le mari reprendrait en nature le bien subrogé à son propre.

La double déclaration exigée par l'article 1434 doit être faite « *lors de l'acquisition* ». On a voulu éviter que le mari attende de voir se dessiner les

chances de l'opération pour se l'approprier, si elle a été fructueuse, et la laisser à la communauté, si elle a été mauvaise. Le même danger ne se présente pas s'il s'agit du remploi d'un bien de la femme. Il semble qu'une déclaration tardive en ce cas puisse avoir pleine efficacité. Néanmoins il n'en est rien. L'immeuble est tombé en communauté. Le mari l'en retire pour le donner à sa femme qui était créancière de la communauté. En un mot, il y a dation en paiement et non plus remploi. La femme devra donc supporter les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles nées du chef du mari. Et comme il y a eu d'autre part double mutation, il y aura doubles droits à payer. Quant à savoir si le bien ainsi acquis est propre, nous nous expliquerons plus loin à ce sujet.

Telles sont les formalités exigées pour le remploi d'un propre du mari. Aucune autre condition n'est donc requise.

B) Remploi au profit de la femme. Article 1435.

Toutefois, indépendamment de ces formalités, quand il s'agit de remployer un bien de la femme, son acceptation est nécessaire. Peu importe que l'acquisition d'un immeuble, faite par le mari, ait été payée des deniers de la femme; elle ne saurait constituer un remploi au profit de celle-ci, lorsque la double déclaration et l'acceptation de la femme n'ont pas été faites. Cas. 25 juin 1883 D. 84. I. 79. Le mari ne peut pas créer des propres à sa femme

sans le consentement de celle-ci. Une fois la double déclaration indiquée dans l'acte de remploi; les tiers sont prévenus que le mari a stipulé au profit de sa femme l'acquisition d'un bien propre. Ce ne sera que par l'acceptation qu'ils sauront si la femme a agréé le remploi. Aussi sera-t-il prudent lors d'un remploi en immeuble de faire transcrire l'acte d'acceptation s'il a été passé postérieurement à l'acte d'acquisition : Car c'est seulement cette acceptation qui rend l'acquisition définitive. La femme n'a d'ailleurs pas besoin de l'autorisation spéciale du mari pour accepter, si l'acceptation est faite par acte séparé. Le mari, en effet, offrant à sa femme le remploi est censé l'autoriser implicitement. — L'acceptation peut-elle être tacite ? La jurisprudence, se basant sur la lettre même de la loi, décide qu'elle doit être expresse *si ce remploi n'a été formellement accepté*, dit l'article 1435. Cas. 26 juillet 1869. D. 69. I. 455, Les tribunaux semblent donc écarter le concours de la femme à l'acte comme valant forcément acceptation. Car elle a pu être présente à l'acte d'achat pour s'obliger avec le mari à payer le prix au vendeur. Néanmoins il est permis de croire que, si une espèce se présentait où le concours de la femme à l'acte ne puisse s'expliquer autrement que par son acceptation, la jurisprudence admettrait comme acceptation la présence de la femme à l'acte d'acquisition; car le formalisme a disparu de notre droit.

L'article 1435 ne fixe pas de délai préfix à la femme pour son acceptation. Néanmoins il spé-

cifie que si elle n'a pas accepté à la dissolution de la communauté, elle n'aura droit qu'à la récompense du prix de son immeuble vendu. Mais jusqu'à ce moment la femme peut différer son acceptation. Certes, cette situation d'attente est gênante pour le mari. Mais il a été fautif de ne pas s'assurer le consentement de sa femme lors de l'acquisition.

Aussi pour remédier à cet inconvénient, trouve-t-on souvent dans les contrats de mariage la clause que la première acquisition qui suivra l'aliénation vaudra emploi. C'est l'acceptation anticipée des emplois futurs à laquelle notre jurisprudence ne paraît pas s'opposer. Ceci ressort d'un arrêt de la Cour d'Agen du 20 juillet 1858. D. 59. I. 275. C'est d'ailleurs rationnel : en l'absence de cette clause, le mari dans l'acte de emploi fait purement et simplement une stipulation d'acquisition de propre au profit de sa femme. Comme toute stipulation pour autrui, celle-ci doit être acceptée. Mais avec la clause que la première acquisition, qui suivra l'aliénation, vaudra emploi, la femme a donné mandat au mari d'accepter pour elle. Par le fait même que le mari stipule le emploi il use du mandat que sa femme lui a donné. Il est donc inutile qu'elle manifeste à nouveau sa volonté, puisque c'est elle-même qui accepte par l'intermédiaire de son mari mandataire.

L'acceptation régulière a un effet rétroactif, c'est-à-dire que la femme est censée avoir acquis directement du tiers le bien de emploi. En d'autres termes l'immeuble qui, dans le patrimoine de la femme joue

le rôle de remplaçant de l'ancien, est retiré de la communauté rétroactivement. Donc les hypothèques légales, judiciaires et en général toutes les hypothèques ou droits réels qui pourraient grever cet immeuble du chef du mari, sans qu'il les ait consentis, disparaissent. Mais si le mari avant l'acceptation de la femme avait aliéné cet immeuble ou l'avait grevé de droits réels, on peut soutenir qu'il a révoqué l'offre de remploi, la stipulation qu'il avait faite pour le compte de la femme.

Nous venons d'examiner les conditions du remploi, la nécessité de la double déclaration et si c'est un propre de la femme qui est remployé, l'urgence de son acceptation.

Ces conditions sont indispensables, mais suffisantes.

Il n'est pas besoin que le remploi soit effectué par acte authentique; mais s'il est sous seings privés, pour être opposable aux tiers, il devra avoir acquis date certaine conformément à l'article 1328 du Code Civil.

Il n'est pas nécessaire, non plus, que le prix soit payé au vendeur pour que le bien acheté soit propre. Cas., 6 janvier 1858. D. 58. I. 39. En l'espèce, l'enregistrement soutenait que le remploi avait été régulièrement fait au profit de la femme, bien que le prix n'ait pas été payé au vendeur. Comme l'immeuble avait été attribué au mari, le trésor s'efforçait de démontrer que l'immeuble n'était pas conquêt; s'il l'avait été, l'enregistrement n'aurait pas pu exiger le

droit de mutation par décès. La Cour de Cassation n'admit pas la thèse du trésor.

Jusqu'à présent nous avons vu les opérations du remploi se développer dans leur ordre normal. Et c'est cette hypothèse habituelle que notre Code a prévu dans les articles 1434 et 1435, quand il parle d'une acquisition faite des deniers provenant de la vente de l'immeuble personnel au mari ou à la femme.

Mais il se peut fort bien que l'ordre des opérations soit interverti, que l'on acquiert un bien en remploi de l'immeuble qu'on va aliéner. Cette manière de procéder est-elle valable? Oui, au dire de notre jurisprudence qui a rappelé sa possibilité dans un arrêt de la Cour de Cassation du 14 mai 1879. D. 79. I. 420. Il y est dit : *Que le remploi peut avoir lieu par anticipation aussi bien pour le compte du mari que pour le compte de la femme.*

La conséquence que tire la Cour de Cassation de la licéité du remploi par anticipation est que, lorsque l'aliénation d'un propre est déjà faite, il n'est pas nécessaire pour la validité du remploi que le prix en soit déjà versé aux époux. Cassation, 6 janvier 1858. D. 58. I. 39.

En admettant ainsi le remploi par anticipation, notre jurisprudence s'appuie sur notre ancien droit qui le tolérait déjà. Elle a, d'ailleurs, pour elle des arguments pratiques d'une grande force : Grâce au remploi par anticipation, la femme qui se propose de vendre un de ses biens sera assurée de ne pas voir se volatiliser le prix de son propre ; grâce à lui, les époux

pourront profiter d'une excellente occasion qui s'offre à eux.

Il semble qu'avec de tels avantages le remploi par anticipation eût dû être admis sans discussion. Et cependant il donna lieu à de vives controverses. TOULLIER ne comprend pas que l'on remplace un propre qui existe encore dans le patrimoine de l'époux. *D'ailleurs, dit-il, nous ne sommes plus dans l'hypothèse prévue par les articles 1434 et 1435 du Code civil. Or, toutes les fictions sont de droit étroit.* Nous espérons faire justice plus loin de cette idée de la subrogation fiction. D'autre part, si le Code ne parle pas du remploi par anticipation, c'est qu'il est rare, et qu'une loi est faite pour régler les hypothèses normales. Enfin, le remplacement que l'on fait du bien qui n'est pas encore aliéné n'est que conditionnel. L'acquisition en remploi est subordonnée à la condition de l'aliénation du bien propre. Comme le dit l'annotateur d'un arrêt de la Cour de Cassation rapporté au Dalloz, D. 1855. I. 74, nulle part la loi ne défend que le remploi soit soumis à une condition. Or, presque toutes les opérations juridiques peuvent se faire sous condition. Et il n'y a rien de choquant à ce que la subrogation réelle soit, dans certains cas, subordonnée à l'accomplissement de telle ou telle condition.

Toutefois, il ne faudrait pas croire que le remploi par anticipation n'ait pas d'inconvénients. En effet, l'immeuble de remploi une fois acquis, il se peut très bien que la femme refuse de consentir à l'aliénation de son bien. La communauté se trouvera donc pro-

priétaire d'un immeuble dont elle ne saura que faire, qui lui sera peut-être à charge, si elle n peut pas en payer le prix. A cela on peut répondre que si la femme refuse obstinément de donner son consentement à l'aliénation de son propre, c'est que le mari a fait une mauvaise affaire, une acquisition onéreuse. Tant pis pour lui, s'il n'a pas été plus avisé.

Mais voici une objection plus sérieuse. Le mari peut rendre de style, dans toutes les acquisitions d'immeubles qu'il fera la clause de remploi anticipé; si bien qu'il ne se décidera à aliéner son bien propre qu'après une acquisition des plus avantageuses, dont il profitera ainsi au détriment de la communauté. Cependant, dirons nous, ce n'est pas une raison, parce que d'occasion il peut se présenter un mari peu scrupuleux, pour interdire une institution avantageuse. Les tribunaux qui constateront cette rare constance chez le mari seront toujours à temps d'annuler sur la demande de la femme un pareil remploi.

Il nous semble inutile d'insister sur les effets du remploi. Nos explications antécédentes, montrant que son résultat était de transférer le caractère de propre, ont indiqué l'importance de cette transmission. Nous ne rappellerons que le point suivant : Désormais la femme devenue propriétaire exclusive du bien qui a remplacé dans son patrimoine personnel celui qui a été aliéné, le reprendra en nature à la dissolution de la communauté, de préférence à tous les créanciers du mari et de la communauté, alors même que ceux-ci seraient créanciers du mari en faillite. Il y a là une légitime restriction à

l'article 559 du Code de Commerce, d'après lequel tout immeuble acquis à titre onéreux par un commerçant pendant le mariage est censé avoir été soldé de ses deniers et être le gage de ses créanciers, l'acquisition eut-elle été faite au nom de la femme. Cette exception à la règle générale se trouve dans l'article 558 du Code de Commerce.

Telle est la théorie du remploi.

Si l'une des conditions nécessaire au remploi fait défaut, si par exemple la double déclaration est tardive, on décide d'une façon générale qu'il y a dation en paiement. Le mari est censé donner en en paiement à sa femme un bien de communauté. On obtient donc ainsi un immeuble donné en paiement à la place d'une créance propre de l'un des époux. Quelle sera la nature juridique de ce bien ?

A la rigueur, on pourrait voir en cette opération un échange et décider que cet immeuble est propre. Toutefois en présence des textes du Code Civil, de notre jurisprudence et de la conception de la doctrine sur la nature de la dation en paiement, cette assimilation serait quelque peu périlleuse. La Cour de Cassation décide en effet que la créance réservée propre, qui a été remplacée par un immeuble reçu à titre de dation en paiement, ne saurait être propre si l'acte de dation en paiement ne contenait pas les indications nécessaires pour qu'il y ait remploi. Cas., 24 juillet 1869. S. 69. I. 401. Elle trouve d'ailleurs un argument *a contrario* tiré de l'article 1406 du Code Civil, qui admet que dans certains cas exceptionnels la dation en paiement peut être une cause

de propre. En tous cas, la solution qu'elle donne est rigoureusement conforme à la logique. En effet, la dation en paiement vaut novation par changement d'objet. C'est l'ancienne créance qui a été éteinte pour faire place à la créance d'un immeuble. Le bien propre a donc disparu et la nouvelle acquisition est faite à titre onéreux. On acquiert un immeuble en aliénant une créance propre. Et toutes les acquisitions à titre onéreux effectuées pendant le mariage sont communes, exception faite de certains cas parmi lesquels on doit ranger le remploi et l'emploi. Si les formalités du remploi n'avaient été exigées que pour restreindre le champ d'application de la subrogation réelle considérée comme une fiction, à la rigueur on pourrait peut-être passer outre aujourd'hui où ce n'est plus cette conception qui domine. Mais leur but essentiel est de protéger, d'avertir les tiers. Or, ils ne le sont pas suffisamment dans la dation en paiement. Les époux peuvent acquérir à titre onéreux pendant le mariage un conquêt en remplacement d'un bien propre et, pour ce faire, ils n'ont qu'à éviter de remplir les conditions exigées par les articles 1434 et 1435 du Code Civil. Qui dans la dation en paiement va prévenir les tiers de l'intention des époux ? Ils pouvaient acquérir et pour l'un d'eux et pour la communauté. Sans doute, nous connaissons l'origine du bien nouvellement acquis, c'est l'aliénation d'un propre de l'un des époux. Mais où est la manifestation de l'intention de remployer d'acquérir le bien nouveau au profit de l'un des époux ? Des deux déclarations, il manque celle de rem-

ploi. Dans l'intérêt des tiers, nous sommes donc obligés de décider qu'en l'absence de toute explication de remploi dans l'acte de dation en paiement, l'immeuble ainsi obtenu devient commun ; et celui des deux époux qui aura ainsi aliéné une créance propre n'aura droit qu'à une récompense de la communauté qu'il a enrichie. Par contre, si dans l'acte de dation en paiement se trouve une phrase quelconque qui soit une preuve manifeste de l'intention de remployer, il faudra décider que le nouveau bien est propre. Car, par elle-même, la dation en paiement fait preuve de l'origine des deniers, de la valeur que l'on veut remployer. Et tout ce que la loi et le bon sens réclament, c'est d'éviter aux tiers des surprises désagréables, une lésion injuste.

.

La conclusion qui ressort de toute cette longue étude est que la transmission de la qualité de propre doit s'effectuer aussi souvent que possible, puisque c'est suivre la volonté des époux, qui s'est manifestée librement au moment de l'adoption expresse ou tacite du régime matrimonial. La seule restriction qui s'impose à cette possibilité réside, comme nous l'avons déjà dit plus d'une fois, dans la sauvegarde de l'intérêt des tiers, qui préoccupe à juste titre l'esprit du législateur moderne.

Si telle est d'une manière générale la pensée directrice de la législation actuelle, il serait inexact de soutenir que c'est toujours elle qui prédomine, Dans certains cas, la protection des tiers par la publicité le cède à des intérêts qui, à l'avis du légis-

lateur du 13 juillet 1907, sont encore plus respectables.

SECTION II

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN RÉSERVÉ

La loi du 13 juillet 1907, qui se range dans le cycle des lois de protection ouvrière, a eu pour but essentiel de protéger la femme laborieuse. Nous n'avons pas à exposer l'état de choses nouveau et les profondes modifications créés par ce document législatif. Nous relatons seulement ici qu'à côté des biens propres et des biens communs, le législateur a institué des biens réservés à l'administration et à la jouissance de la femme qui a une profession distincte de celle de son mari. Ces biens sont communs, c'est-à-dire que le produit du travail de la femme, les économies qu'elle a faites sur son travail et les biens qu'elle a ainsi acquis, font partie de la masse commune et à la dissolution du régime matrimonial seront partagés comme tous autres conquêts entre les deux époux.

Mais la loi de 1907 réalise un partage d'administration des biens communs, et les pouvoirs d'administration et de disposition donnés au mari et à la femme, chacun, sur leur domaine respectif, sont à peu près équivalents. Dès lors, on comprend l'intérêt qu'il peut y avoir à transférer la qualité de bien réservé. C'est la transmission des très larges pouvoirs d'administration de la femme d'un bien sur un autre.

Mais, quels seront les cas dans lesquels et à quelles conditions va s'opérer cette subrogation réelle.

I. — CAS OU S'OPÈRE LA SUBROGATION RÉELLE

Le législateur ne nous parle que de l'emploi.

Article 1 (2^e alinéa). — La femme peut en (1) faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières. Les meubles ou les immeubles acquis des économies qu'elles a réalisées sur son travail seront donc, biens réservés.

Si la subrogation réelle était une fiction, on serait obligé de l'écarter au cas de remploi et d'échange. Mais comme il n'en est rien, il faut admettre que le bien acquis en remploi ou en échange d'un bien réservé sera lui-même bien réservé. La loi désire que toujours la femme soit en possession du produit de son travail. Qu'il soit sous forme de deniers ou incorporé en meubles ou immeubles, qu'importe ! La femme, grâce à son labeur, a su se constituer une valeur de 10.000 francs. Elle doit la retrouver partout. Peu importe les biens meubles ou immeubles, argent comptant, créances qui la représenteront. Cette considération donne une extension considérable à notre théorie en cette matière.

(1) Il s'agit des produits de son travail personnel et des économies en provenant. Voyez l'article 1 (1^{er} alinéa).

H. — MAIS A QUELLES CONDITIONS LA SUBROGATION
RÉELLE S'OPÉRERA-T-ELLE ICI ?

Y a-t-il lieu d'exiger, pour qu'un bien ait la qualité de bien réservé, que, dans l'acte d'achat, on ait déclaré que le nouveau bien était acquis pour tenir lieu de remploi d'un bien réservé aliéné, ou pour faire emploi de deniers gagnés et économisés par la femme laborieuse.

Faut-il aussi que l'on fasse la déclaration de l'origine des deniers qui servent à l'acquisition du nouveau bien ? En un mot doit-on généraliser l'application des articles 1434 et 1435 du Code Civil.

L'article 4 de la loi du 13 juillet 1907, nous répond par la négative : *En cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.*

C'est dire qu'elle n'a pas à prouver que les formalités de l'emploi ou du remploi ont été accomplies dans l'acte d'achat qui lui sert de titre de propriété. L'article 4, de cette loi, ne réglemente donc pas la preuve, comme le législateur de 1804 l'avait fait, pour qu'un bien puisse revêtir la qualité de propre.

Cependant, la production d'un livret de caisse d'épargne libellé au nom de la femme et constatant, que des retraits ont été faits à des époques corres-

pondant à celles du paiement de diverses fractions du prix d'un immeuble acquis par le mari, ne suffit pas à démontrer que ce bien est réservé, comme provenant des économies du travail de la femme. Jugé par le Tribunal civil de la Seine le 20 décembre 1909. *Gazette du Palais*, 1910, I. 141. On trouve les considérants suivants dans ce jugement : Attendu que l'article 4 de la loi du 13 juillet 1907 exige, en cas de contestation, que la femme prouve la provenance et la consistance de ses biens réservés; attendu que cette preuve, qui peut intervenir, il est vrai, dans les conditions les plus larges, ne doit pas moins être considérée comme nécessaire à l'admission effective de la femme au bénéfice de la loi; qu'il y a donc lieu de rechercher, si, en l'espèce elle fait une preuve suffisante de la provenance et de la consistance des deniers qu'elle prétend provenir de son travail et avoir été employés à l'achat de l'immeuble dont il s'agit, etc., etc.

La jurisprudence écarte donc bien en cette matière la nécessité de l'accomplissement des formalités des articles 1434 et 1435.

Mais en pratique, lorsqu'une femme se présentera par exemple chez un notaire pour acquérir un bien avec les deniers provenant de son travail, il sera utile dans l'acte de vente d'indiquer comment et dans quel but cette femme achète; en d'autres termes, il sera bon d'y introduire la double déclaration d'origine des deniers et de emploi. Celà facilitera singulièrement la preuve que la femme aura peut-être à faire plus tard, de la provenance de son bien réservé.

D'ailleurs il eut peut-être été prudent de conserver ici l'exigence de l'accomplissement des formalités des articles 1434 et 1435. C'était le moyen d'éviter bien des fraudes, bien des collusions. En tous cas, nous ne pouvons constater qu'une chose, c'est que le législateur ne l'a pas fait.

La subrogation réelle admise si largement ici, a un but humanitaire avant tout : la protection des faibles, de la femme, contre les abus d'autorité du mari. Et voilà peut-être la raison pour laquelle le législateur de 1907 a favorisé la femme dans la tâche éventuelle de la preuve de la provenance de ses biens réservés

La même idée directrice va aussi dominer les cas de subrogation réelle du chapitre suivant.

CHAPITRE II

Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation d'une valeur au profit d'individus, d'une famille, d'un groupe.

Nous nous trouvons ici en présence d'une série de cas d'application de la subrogation réelle, où notre théorie tendra à maintenir une valeur ou un ensemble de valeurs au service d'individus, d'une famille, d'un groupe. Bien dit inaliénable, bien dotal, bien de famille insaisissable, bien grevé de substitution, bien de fondation, voilà des qualificatifs, des attributs qui, par leur transmission de bien à bien, conserveront une valeur à l'acquit d'un individu, d'une famille, d'un groupe. Dans la plupart de ces cas, il s'agira de la protection des petits, des faibles,

de la femme et de sa famille, du paysan dont l'avoir consiste en un lopin de terre, de descendants qui, sans des mesures spéciales, verraient disparaître les biens de leurs ancêtres, de malheureux qui se réclament de la générosité et de la charité humaine. Plus rarement la subrogation réelle aboutira à la conservation d'une valeur au profit d'individus. Nous examinerons ces divers cas de subrogation réelle en partant de celui qui a le but le plus égoïste pour aboutir à celui dont la mission est la plus généreuse :

SECTION I. — Transmission de la qualité de bien stipulé inaliénable.

SECTION II. — Transmission de la qualité de bien grevé de substitution.

SECTION III. — Transmission de la qualité de bien de famille insaisissable.

SECTION IV. — Transmission de la qualité de bien dotal.

SECTION V. — Transmission de la qualité de bien de fondation.

Le premier cas de subrogation réelle concerne l'individu, les trois autres la famille. Enfin le dernier tout un groupe.

SECTION I

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN STIPULÉ

INALIÉNABLE ET INSAISSISSABLE

Notre jurisprudence, qui prohibe les stipulations d'inaliénabilité perpétuelle, tolère pourtant les clauses d'inaliénabilité temporaire. L'intérêt qu'elles peuvent présenter est divers. On déclarera un bien donné ou légué inaliénable et insaisissable tantôt pour assurer par le donataire ou le légataire, le service d'une rente viagère au profit d'une tierce personne, tantôt pour protéger le donataire ou légataire contre son inexpérience. Enfin pareille stipulation aura parfois pour but d'assurer au donateur le bénéfice du retour légal. En ce dernier cas ce n'est pas une question de restitution dont il s'agit, hypothèse dont nous aurons à parler dans notre chapitre cinquième. Il faut ici reporter une qualité d'un bien à un autre, celle de bien inaliénable et insaisissable.

De prime abord il semble qu'il y ait là une flagrante contradiction. Inaliénabilité et mutation, voilà deux mots qui évoquent deux idées diamétralement opposées. La subrogation réelle, dont le prélude nécessaire consiste en une aliénation, paraît impossible lorsqu'un bien est déclaré inaliénable et insaisissable.

Raisonner ainsi, serait oublier qu'à côté des alié-

nations volontaires, il y a les aliénations forcées : l'expropriation pour cause d'utilité publique, les acquisitions de mitoyenneté et de servitudes de passage et d'acqueduc, l'amortissement de valeurs, enfin la destruction de l'immeuble qui donnera lieu la plupart du temps à une indemnité de la part du tiers coupable ou d'une Compagnie d'assurances. Que décider en pareille occurrence ? Ces indemnités seront-elles subrogées au bien qui a péri ? Ces biens acquis en leur emploi auront-ils aussi la qualité de biens inaliénables et insaisissables.

D'ordinaire on répète à l'envi que toute inaliénabilité est de droit étroit et que n'ayant été prévue que pour un bien, il convient de la restreindre à ce bien.

Mais ce serait là méconnaître franchement l'intention des parties. La plupart du temps le donateur, en établissant une clause d'inaliénabilité, a voulu assurer la conservation d'une valeur. Certes, le meilleur moyen était, comme il l'a fait, d'entraver l'aliénation du bien. Mais voici que le fait du prince, une acquisition forcée, un remboursement inévitable, ont rendu disponible une somme parfois importante. Il n'est que juste, si on a quelque considération pour la volonté du testateur, du donateur, d'admettre la possibilité de reconstituer cette valeur en un bien inaliénable et insaisissable. Sans doute, il est de l'intérêt du crédit public de restreindre les biens frappés d'inaliénabilité. Mais il y a un moyen de prévenir les tiers, de leur rendre opposable une inaliénabilité, c'est le remploi. Ce pouvoir qui lui est

reconnu sous le régime dotal, pourquoi ne l'aurait-il pas ici, tant que le but du testateur, du donateur n'est pas atteint?

La jurisprudence, reconnaissant à une personne le droit de rendre pendant un certain temps un bien inaliénable entre les mains du donataire, du légataire, nous comprendrions avec peine, pourquoi, en cas d'aliénation forcée, elle refuserait de maintenir ce caractère d'inaliénabilité au bien qui est venu remplacer l'ancien. Le donataire avait dans son patrimoine un bien dont il ne pouvait disposer. Il serait incompréhensible que l'expropriation pour cause d'utilité publique, un achat de servitude, de mitoyenneté, la destruction de ce bien, modifient l'accord tacite conclu entre le donateur et lui, par l'acceptation de la donation. Il serait étrange que l'affectation donnée à une valeur se trouve subitement changée et compromise par des événements qui, à ce point de vue, sont des facteurs du hasard. Qu'importe que cette valeur soit représentée par tel ou tel bien ou par tel ou tel autre. L'essentiel est qu'elle se conserve pendant le laps de temps souhaité par celui qui l'a donné, et à qui notre jurisprudence a fourni un moyen des plus efficaces, l'inaliénabilité. Qu'elle lui procure donc aussi le procédé, destiné à faire face aux aliénations forcées, la subrogation réelle, le transfert de la qualité de bien inaliénable.

En cela ne réside cependant pas la principale difficulté. Le point délicat est de savoir comment le donateur, les héritiers du sang du testateur, pourront exiger du donataire ou du légataire, le remploi

de l'indemnité d'expropriation, d'assurance et de mitoyenneté, le remploi de la valeur amortie ou celui de l'indemnité obtenue pour la servitude de passage. Le donataire ou le légataire, semble-t-il, ne se sont engagés à rien. Ils ont subi l'inaliénabilité. Pourtant, peut-être, est-il possible de soutenir, qu'en acceptant la libéralité, le donataire ou le légataire se sont soumis envers le donateur ou les héritiers du testateur à la condition de ne pas aliéner le bien, objet du legs ou de la donation, et de tout faire pour conserver sa valeur.

Et cette interprétation donnerait aux personnes intéressées une arme pour faire effectuer le remploi et, par ce moyen, éviter la dissipation de la valeur dont profite le donataire ou le légataire.

La subrogation réelle, si elle est possible ici, et il serait désirable qu'elle le soit, n'a pas un but bien précis. Nous avons vu, combien étaient divers les motifs, pour lesquels l'auteur de la libéralité désirait conserver une valeur, en stipulant l'inaliénabilité d'un bien. Mais nous arrivons à un cas où ce but est mieux fixé.

SECTION II

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN GREVÉ

DE SUBSTITUTION

Le disposant, nécessairement le père, la mère ou l'un des frères et sœurs du grevé, a un désir bien net en décidant qu'un bien sera grevé de substi-

tution. Il veut protéger ses petits enfants ou ses neveux contre la mauvaise gestion, les folles entreprises de leurs parents. Il veut assurer pour plus tard les moyens d'existence aux appelés, sans dépouiller cependant les grevés. En d'autres termes, le disposant impose au grevé la conservation d'une valeur en attribuant au bien, qu'il transmet, la qualité de bien grevé de substitution, qualité qui prive le grevé des moyens de faire argent de ce bien.

En effet, le bien grevé de substitution peut-être aliéné par le grevé, saisi par ses créanciers. Mais si jamais la substitution s'ouvre, ce qui, par exemple, aura lieu au cas, où les appelés survivent au grevé et acceptent, voilà un bien qui rétroactivement aura été inaliénable et insaisissable ; les actes d'aliénation tomberont, les créanciers restitueront les biens qu'ils ont saisis.

Est-il possible de transférer cette qualité d'un bien sur un autre ? L'affirmative est certaine, puisque le Code civil prévoit des hypothèses de remploi dans les articles 1065 à 1068.

A) Cas prévus par la loi.

L'article 1065 décide : 1^o qu'il sera fait emploi, dans les six mois de la clôture de l'inventaire, des deniers comptants, à l'achat d'un bien qui ne possédera pas la puissance de volatilisation qu'ils ont ; 2^o que le grevé devra remployer les deniers provenant de la vente des meubles et effets compris dans

la disposition, vente qui est ordonnée par l'article 1062.

L'article 1066 décrète que remploi sera fait des deniers provenant des effets actifs recouvrés et des remboursements de rentes, et ce dans les trois mois au plus tard après que le grevé aura reçu ces deniers. Il est évident que les valeurs amorties devront être aussi remployées.

Puis l'article 1067 indique de quelle façon se feront emploi et remploi : *conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition*, dit-il, et il ajoute : *Sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles ou avec privilèges sur des immeubles*. L'opinion générale admet qu'un placement sur première hypothèque suffirait. Ajoutons que les rentes françaises peuvent tenir lieu de remploi, sauf disposition contraire de la donation ou du testament. — Loi du 16 septembre 1871, article 29. — Loi du 11 juin 1878, article 3; — Loi du 27 avril 1888, article 3.

Telles sont les dispositions du Code Civil et c'est tout

B) *Cas non prévus par le Code Civil.*

Mais de suite la question se pose de savoir s'il faut généraliser, s'il faut étendre à des cas analogues la subrogation réelle admise par le Code Civile en cette matière ?

Ne voyant plus dans la subrogation réelle, une fiction, on ne comprend pas ce qui s'opposerait à une interprétation extensive. Certes, il y a là une matière

d'ordre exceptionnel. Mais est-ce une raison pour oublier que le législateur a tout fait pour protéger les appelés? N'a-t-il pas été jusqu'à nommer un tuteur à la substitution? D'ailleurs, quelle a été l'intention du disposant? N'a-t-il pas voulu avant toute chose assurer à ses petits enfants, à ses neveux, la possibilité de vivre aisément? Il est certain que c'est bien une valeur de... plutôt qu'un bien déterminé, qu'il a désiré leur transmettre. Qu'importe les biens qui représenteront cette valeur. Sans doute, il est désirable qu'ils ne changent pas trop; en route ils se perdraient. C'est pourquoi on les a déclarés inaliénables et insaisissables (et nous avons vu ce qu'il fallait entendre par là). Mais il y a des aliénations forcées : Expropriation pour cause d'utilité publique, acquisition de mitoyenneté, de servitude sur le fonds grevé de substitution, destruction de ce bien par un incendie, par la faute d'un tiers; autant de faits qui mettront des sommes d'argent importantes à la disposition du grevé. L'essentiel, on en convient, est de retrouver la valeur affectée à l'usage des appelés. Eh bien, le meilleur moyen d'obtenir ce résultat, n'est-il pas d'obliger le grevé à remployer, à acquérir de nouveaux immeubles qui eux, aussi, seront à leur tour inaliénables et insaisissables.

A côté de cet argument de raison, il est possible d'invoquer des arguments de textes, pour généraliser l'application de la subrogation réelle à cette matière. L'article 1066 dit que remploi sera fait des remboursements de rentes, choses que l'on ne peut éviter. De même, toutes les hypothèses que nous venons d'exa-

miner sont des aliénations inévitables. — De plus, l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, décide en parlant de l'indemnité, que le tribunal ordonnera les mesures de conservation ou de remploi qu'il jugera nécessaires. Et il ajoute que ces dispositions sont applicables aux immeubles dotaux et aux majorats. Or, il y a de telles analogies entre les majorats et les anciennes substitutions qu'il n'y a pas de raison pour traiter différemment les nouvelles substitutions que la loi voit d'un œil bien plus favorable.

En tous cas, pour que l'emploi et le remploi soient valablement effectués, soient opposables aux tiers, l'acte d'acquisition du bien nouveau doit contenir la déclaration de l'origine des deniers et la déclaration d'emploi qui manifeste la volonté de l'effectuer.

Le remploi exécuté, par l'opération de la subrogation réelle, la valeur de substitution s'incorpore à nouveau dans une forme matérielle. On obtient ainsi un bien grevé de substitution.

SECTION III

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN

DE FAMILLE INSAISSISSABLE

C'est un but plus humanitaire encore que poursuit ici la subrogation réelle, Ce ne sont plus des intérêts particuliers ; ce sont des intérêts généraux qu'elle protège. Toute une classe de population, les pauvres

se placent sous son égide. Grâce à elle il sera toujours possible de retrouver le bien de famille que la loi du 12 juillet 1909 a permis aux pauvres gens de se créer.

C'est un minimum de subsistances assurées que le législateur de 1909 a voulu établir au profit de l'individu marié ou chargé de famille. Son désir fut aussi de pousser les pauvres gens à l'économie en leur accordant l'insaisissabilité du bien de famille une fois constitué. Il a souhaité aussi que la petite population ouvrière ou paysanne devint stable par l'attachement qu'elle portera au bien qui est le produit d'années d'efforts et de travail.

Il est nécessaire de donner un rapide aperçu des mesures de faveur édictées par le législateur en cette matière.

Indépendamment du maintien de l'indivision qui peut être ordonné par le juge de paix, après le décès de l'un des époux, jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants, indépendamment aussi de l'attribution du bien de famille qui peut être exigée par l'époux survivant copropriétaire lors du partage de la succession du premier mourant, la principale disposition de l'œuvre législative concerne les pouvoirs d'aliénation des ayants-droit et l'impossibilité de saisie par leurs créanciers sur le bien de famille.

La constitution du bien de famille ne peut porter que sur un immeuble d'une valeur ne dépassant pas 8000 francs et grevé ni de privilège, ni d'hypothèque judiciaire ou conventionnelle (article 5 de la loi). Cependant les hypothèques légales ne font pas obs-

tacle à cette constitution. D'autre part, toutes les mesures sont prises pour que les créanciers hypothécaires se fassent inscrire et que les créanciers chirographaires se fassent connaître (articles 6 et 7 de la loi de 1909).

Une fois l'assurance obtenue, que l'immeuble n'est grevé ni d'hypothèque, ni de privilège, que les créanciers chirographaires ne seront pas sacrifiés, la constitution du bien de famille devient définitive par l'accomplissement d'un ensemble de formalités dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer.

Désormais le bien ne devient aliénable que sous certaines conditions et devient insaisissable :

Article 11. — Si la femme vit encore, c'est elle qui doit consentir à l'aliénation du bien de famille ou à la renonciation à ce bénéfice. Et son consentement doit être donné devant le juge de paix, ce qui a pour but d'éviter la pression que pourrait exercer le mari sur sa volonté. Si, par contre, l'un des époux reste seul avec ses enfants mineurs, ce sera le conseil de famille qui consentira à l'aliénation et encore, aux termes de l'article 11 *in fine*, il ne devra l'accorder que s'il estime l'opération avantageuse aux mineurs. Il est vrai que sa décision sera sans appel.

Mais l'intérêt principal de la loi réside dans son article 10, qui déclare le bien de famille ainsi que ses fruits insaisissables. Article 10 (1^o) *A partir de la transcription, le bien de famille ainsi que ses fruits sont insaisissables, même en cas de faillite ou de liquidation judiciaire; il n'est fait exception qu'en*

faveur des créanciers antérieurs qui se sont conformés aux dispositions qui précèdent, pour conserver l'exercice de leurs droits :

2° alinéa : *Il ne peut être ni hypothéqué, ni vendu à réméré.*

On enlève aux époux tout moyen d'engager le bien de famille à leurs créanciers. C'est évident pour l'hypothèque et le simple engagement. On prohibe aussi la vente à réméré qui est souvent un moyen détourné d'engager un bien. Cette insaisissabilité est d'ailleurs d'ordre public. Article 10 *in fine* *Le propriétaire ne peut renoncer à l'insaisissabilité du bien de famille.* Enfin elle a une durée considérable : Article 17 : L'insaisissabilité subsiste même après la dissolution du mariage sans enfants, au profit du survivant des époux, s'il est propriétaire du bien. Dans certains cas seulement où le créancier est, selon la loi, plus particulièrement intéressé, les fruits du bien de famille seront saisissables. Article 10, 3°, 4°, 5° et 6°.

Nous trouvant en présence d'une loi récente, il nous a semblé bon de fournir quelques détails sur le régime de l'immeuble appelée bien de famille.

Cette qualité est-elle transmissible ? voilà la question qui nous intéresse particulièrement.

Cas prévus par la loi.

1°) Article 13 : *Dans le cas de substitution volontaire d'un bien de famille à un autre, la constitution du premier bien est maintenue jusqu'à ce que la cons-*

titution du second soit définitive. Cet article prévoit le cas d'aliénation volontaire. Et ceci équivaut à une clause d'aliénation sous condition de remploi. Les créanciers ne pourront donc saisir l'ancien bien, que s'il leur est possible de prouver qu'il a été remplacé par un nouveau bien dont la constitution est devenue définitive; preuve qui la plupart du temps sera rendue facile par les mesures de publicité dont est entourée la constitution.

20) L'article 12 prévoit le cas où le bien de famille serait exproprié pour cause d'utilité publique. Article 12: *En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, si l'un des époux est prédécédé et s'il existe des enfants mineurs, le juge de paix ordonnera les mesures de conservation et de remploi qu'il estimera nécessaires.* L'indemnité d'expropriation sera donc subrogée au bien, donc ne pourra pas être saisie, et ceci pendant un an aux termes de l'article 15 1^{er} alinéa.

L'article 15 2^e alinéa prévoit d'ailleurs la possibilité d'en faire remploi en biens se conservant mieux que l'argent: La femme pourra exiger l'emploi des indemnités d'assurance ou d'expropriation soit en immeubles, soit en rentes sur l'Etat français, à concurrence d'un maximum de 8.000 francs

30) L'article 14 contient une décision analogue pour l'indemnité d'assurance. Article 14. *En cas de destruction partielle ou totale du bien, l'indemnité, d'assurance est versée à la caisse des dépôts et consignations pour demeurer affectée à la reconstitution de ce bien et pendant un an, à dater du paiement de*

l'indemnité, elle ne peut être l'objet d'aucune saisie, sans préjudice pourtant des dispositions de l'article 10 ci-dessus. La loi donne un délai préfix d'un an pour reconstituer le bien de famille, délai pendant lequel l'indemnité prenant les qualités que possédait l'ancien immeuble, ne pourra être saisie.

Donc subrogation du bien acquis en remplacement de l'ancien en cas d'aliénation volontaire, subrogation de l'indemnité d'expropriation à l'immeuble exproprié, subrogation de l'indemnité d'assurance à l'immeuble incendié ; voilà les trois cas de subrogation réelle prévus parla loi de 1909.

La possibilité de généraliser la sphère d'application de notre théorie en cette matière nous paraît manifeste. Sans doute il y a là une loi d'ordre exceptionnel. Les insaisissabilités sont de droit étroit, et il ne faudrait pas de plein gré augmenter la valeur indisponible et insaisissable que la loi a déterminée. — Mais nous pouvons raisonner, comme nous l'avons fait dans les deux sections précédentes. La loi a voulu assurer la subsistance de la famille. Que lui importe que ce soit tel ou tel bien qui remplisse cette mission. C'est une valeur que la loi a voulu rendre insaisissable, en édictant l'insaisissabilité du bien qui lui donne une forme matérielle. Cette valeur doit se retrouver tant qu'elle n'aura pas été désaffectée de son but par le consentement des deux époux ou du survivant d'eux. Le seul obstacle à la transmission de la qualité de bien insaisissable consiste dans la protection des tiers. Mais cette restriction faite, la possibilité de généraliser les dispo-

sitions légales doit être admise ici. Aussi déciderons-nous que l'indemnité versée par un individu qui a obtenu une servitude de passage sur le bien de famille, a cette qualité et peut être remployée en l'acquisition d'une parcelle de terrain ou de rentes sur l'Etat français qui seront insaisissables (art. 15 *in fine*). De même l'indemnité due par un tiers, responsable de la perte du bien de famille, sera aussi insaisissable et pourra être remployée dans les mêmes conditions que l'indemnité d'assurance. Enfin, la donation par un tiers de deniers, sous la condition qu'ils seront employés à constituer un bien de famille, est l'occasion d'une nouvelle application de notre théorie.

Dans tous ces cas de subrogation réelle, qu'ils soient prévus ou non par la loi, comme la qualité transmise intéresse les tiers au premier chef, il est indispensable que ce transfert de qualité soit entouré de publicité. L'acte de remploi qui sera passé, sur la demande du juge de paix, si l'un des époux est prédécédé, sinon à la demande de la femme, devra contenir la double déclaration de l'origine des deniers et de l'intention d'effectuer le remploi. Il va de soi qu'indépendamment de cette publicité spéciale au remploi, il faudra accomplir les formalités afférentes à toute transmission immobilière. Mais il nous semble inutile d'exiger à nouveau l'ensemble des formalités spéciales à la constitution du bien de famille. Car les tiers ont déjà été prévenus, que les époux, conformément à la loi, avaient rendu une valeur de 8.000 francs insaisis-

sable ; et par la mention du emploi dans l'acte d'acquisition du nouveau bien, ils sauront quel est le bien qui renferme cette valeur rendue indisponible. D'autre part, si le emploi est effectué en rentes sur l'Etat, le certificat nominatif devra indiquer le bien que la rente aura remplacé, et l'intention de reporter la valeur insaisissable sur cette rente. Cependant il semble résulter de l'article 14 *in fine* que le législateur n'a pas voulu rendre les tiers garants du défaut de emploi.

Au cas d'échange d'un bien de famille contre un autre immeuble, les formalités du emploi ne sont plus nécessaires. A la simple lecture de l'acte d'échange, les tiers sont prévenus de la fonction que remplit le nouveau bien.

Il nous paraît superflu, après les explications que nous venons de fournir, de nous étendre sur les effets du emploi régulièrement effectué. Il produira comme toujours la subrogation d'un bien à un autre dans la fonction qui a été assignée au bien ancien. En l'espèce, il rendra aliénable, sous certaines conditions, et insaisissable le nouveau bien en lui donnant la qualité de bien de famille.

SECTION IV

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN DOTAL

C'est toujours dans l'intérêt de la famille que s'effectue ici la subrogation réelle. On veut conser-

ver une valeur à la famille et ceci contre la volonté même de la femme qui, au cours du mariage, pourrait se laisser entraîner à sacrifier son avoir pour sauver son mari d'une faillite ou seulement pour échapper aux ennuis de la désunion. Un excellent moyen d'aboutir à ce résultat est de reconstituer la valeur dotale sous la forme d'un bien nouveau.

Cependant ici ce rétablissement de la valeur dotale en un bien nouveau s'opère moins complètement que dans la plupart des autres cas de subrogation réelle. L'interprétation restrictive domine toute la matière dotale.

Quelles sont donc les causes qui servent de repoussoir à l'extension de la subrogation réelle ?

La principale est l'inaliénabilité de l'immeuble dotal. Il n'y a plus à craindre de transformation, car le bien doit rester intact. Or, la subrogation suppose le changement. Si l'immeuble dotal est aliéné irrégulièrement, le caractère dotal ne se reportera pas sur le bien acquis à sa place. On fera annuler la vente, et ainsi on aboutira au même résultat que s'il n'était jamais sorti du patrimoine de la femme.

D'autre part, la dotalité fut considérée par notre Code comme un caractère intransmissible d'un bien à un autre. La dotalité est personnelle aux biens qui en sont frappés. C'est tel bien qui est dotal d'après le contrat de mariage. Le bien, à lui substitué, ne sera pas dotal. Il n'y a de dotal, que ce qui a été déclaré tel par le contrat de mariage. Il est impossible de transformer la dot durant le mariage. L'article 1553 sert d'argument, puisqu'il autorise le transfert du

caractère dotal dans certains cas exceptionnels. Donc au cas d'emploi de deniers dotaux, comme au cas de dation en paiement, le bien ainsi acquis n'est pas dotal. La qualité dotale ne s'est pas reportée des biens dotaux aliénés aux biens obtenus à leur place. Le caractère dotal est parfois transmissible, mais il faut que la loi le dise expressément. En général, le bien acquis à titre onéreux durant le mariage est paraphernal, alors même que la constitution de dot serait universelle.

Enfin, la différence de traitement entre la dot immobilière et la dot mobilière explique pourquoi le législateur ne désire pas, qu'en l'absence de toute clause spéciale, le caractère dotal passe d'un meuble à un immeuble. En effet, la dot mobilière est comme l'autre, soumise à l'usufruit du mari; il l'administrera, en percevra les revenus. Mais, par rapport aux deniers dotaux, l'usufruit se transforme en quasi-usufruit. D'autre part, la jurisprudence décide que la dot mobilière peut être aliénée par le mari. Au contraire, l'immeuble dotal, bien que restant sous l'administration et la jouissance du mari ne peut pas être aliéné. Voilà donc de notables différences entre le meuble et l'immeuble dotal. En conséquence, il ne doit pas dépendre de la volonté des époux, pas plus que de celle des tiers, de modifier les pouvoirs du mari sur la dot, en transformant la dot mobilière, en dot immobilière. Le mari avait compté pouvoir librement disposer de la dot que sa femme lui avait apportée en mariage. Ce serait pour lui une surprise fort désagréable que de lui remettre à la place des deniers promis un immeuble,

dont il ne pourrait plus faire argent, même avec le concours de sa femme. Aussi devait-on décider qu'en ce cas cet immeuble serait paraphernal.

Ces remarques préliminaires nous prouvent, qu'il était nécessaire d'interpréter restrictivement les cas de subrogation réelle dans le régime dotal, tel qu'il fût établi par notre code, à moins cependant que les analogies entre les cas admis par la loi et ceux non prévus par elle soient frappantes, à moins que la même pensée directrice se retrouve chez les uns et chez les autres.

Pourtant, il ne faudrait pas croire qu'il soit de l'essence du régime dotal de s'opposer à la subrogation réelle. Car, lors de la rédaction de leur contrat, les parties ont pu déroger au régime dotal tel qu'il a été compris par le législateur, L'article 1553 l'admet dans une espèce particulière. Or, on est d'accord pour généraliser. L'article 1387 l'imposait.

Les parties peuvent donc décréter que l'immeuble dotal sera aliénable sous condition de emploi. Elles peuvent aussi restreindre les pouvoirs du mari sur la dot mobilière en la soumettant à l'obligation d'emploi ou de emploi. Et ce sont là des clauses qui élargiront singulièrement l'application de la subrogation réelle en cette matière. La pratique du emploi va rendre le caractère dotal transmissible d'un bien à un autre, et notre théorie aura encore ici un domaine fort étendu.

Même sous le régime dotal tel que notre Code l'a organisé, ce serait une erreur de croire que la subrogation réelle a une sphère d'application restreinte.

Ce serait méconnaître la vraie signification d'une théorie jurisprudentielle, fort hardie, élaborée à grand peine au cours de ces dernières années. Nous avons nommé la théorie de la dot incluse. Certes, le caractère dotal ne se transmet plus ici avec toutes ses conséquences. Mais au moins l'inaliénabilité de la valeur dotale, ainsi que la préférence accordée à la femme pour la recouvrer, subsistent entièrement. Nous verrons plus loin qu'il y a là une espèce particulière de subrogation réelle.

§ I. — CAS DE SUBROGATION RÉELLE SOUS LE RÉGIME DOTAL.

§ II. — CAS OU LA SUBROGATION RÉELLE NE S'OPÈRE PLUS FRANCHEMENT, MAIS OU ELLE EST REMPLACÉE PAR UNE RÉDUCTION D'ELLE-MÊME, PAR LA THÉORIE DE LA DOT INCLUSE.

§ I. — CAS D'APPLICATION DE LA SUBROGATION RÉELLE SOUS LE RÉGIME DOTAL.

Il s'agit ici d'une transmission intégrale du caractère dotal tel que le contrat de mariage ou la loi l'ont façonné.

A) La qualité de bien dotal se transmet si le contrat de mariage l'a ainsi décidé. Article 1553, 1^{er} alinéa.

Le contrat a pu se borner à stipuler la clause d'emploi des deniers constitués en dot comme l'indi-

que l'article 1553 (1^o). Il a été par exemple convenu que les deniers dotaux seraient employés en l'acquisition d'un immeuble. Cet immeuble sera dotal. Sans doute les pouvoirs du mari sur la dot sont modifiés; mais les parties l'ont voulu ainsi et les tiers en consultant le contrat sont prévenus. Mais il est possible que les époux aient stipulé l'aliénation des meubles et immeubles dotaux sous condition de remploi. C'est la clause habituelle que l'on trouve dans les contrats de mariage. Elle combine les avantages de la circulation des biens avec ceux de l'inaliénabilité. Grâce à la subrogation réelle, la valeur dotale se retrouvera toujours. Le contrat de mariage spécifie ordinairement en quels biens doit se faire le remploi; sinon, il doit se faire en immeubles ou en rentes sur l'Etat.

Mais pour que le remploi produise son effet, pour qu'il transmette la dotalité d'un bien à un autre, il faut qu'il soit fait à temps et qu'il soit accompagné de certaines formalités. On doit effectuer le remploi avant la dissolution du mariage. Après, le caractère dotal ne peut plus se transmettre, puisqu'il n'y a plus ni biens dotaux, ni biens paraphernaux, ni mariage, ni époux, ni dot. Supposons que le remploi soit fait dans les délais légaux. Pour qu'il produise effet, il faut encore que certaines formalités soient accomplies: L'acte d'acquisition doit constater l'origine des deniers et leur destination, c'est-à-dire mentionner que le bien acquis va être payé des deniers provenant de la vente de l'ancien. Le doute n'est plus permis aujourd'hui, bien que

LAURENT ait soutenu le contraire en disant, que le régime dotal dominé par l'interprétation restrictive ne parle pas de ces formalités. Mais quoique le Code ne renvoie pas aux articles 1434 et 1435 du Code civil, il n'est pas douteux que les formalités du remploi soient encore plus nécessaires ici que sous les régimes de communauté. La qualité de bien dotal intéresse davantage les tiers que la qualité de bien propre. L'utilité de la publicité se fait sentir ici plus que nulle part ailleurs. De même l'acceptation du remploi par la femme est indispensable. On ne peut pas forcer la femme à devenir propriétaire malgré elle. Enfin le remploi anticipé, qui a pour résultat de rendre conditionnelle la subrogation réelle, est encore plus avantageux ici qu'en matière de propres. Car les tiers sont ordinairement responsables sous le régime dotal du défaut de remploi. Le remploi par anticipation les garantira contre les risques d'un mauvais paiement.

Les développements que nous avons fournis au chapitre I à ce sujet nous dispensent de plus longs commentaires. Remarquons-le, ce que nous venons de dire s'applique aussi aux cas de remplois imposés par la loi.

En tous cas, la constitution dotale, avec faculté d'aliénation à charge de remploi, attire, provoque, détermine la subrogation réelle. On peut même dire que c'est le vrai terrain de la subrogation réelle. Le remploi effectué valablement transfère exactement la qualité dont était affecté le bien aliéné. Était-il dotal, le nouveau bien sera dotal purement et

simplement. Etait-il aliénable sous condition de emploi, le bien nouvellement acquis sera un bien dotal aliénable sous condition de emploi.

Il ne faut cependant pas exagérer la transmission de la dotalité. Ainsi l'immeuble acquis par la femme avec des deniers dotaux conformément à son contrat de mariage est dotal. Mais si elle ne l'a acquis que moyennant une soulte, elle ne peut pas opposer la dotalité au privilège du copartageant. Voyez un arrêt de Cour d'appel rapporté au Dalloz, 1895. II. 434.

B) Il y a des cas où, sous le régime dotal, c'est la loi elle-même qui admet la subrogation réelle.

1^o Echange. — A la différence de la vente de l'immeuble dotal, qui n'est permise que dans quelques cas exceptionnels, l'échange en est admis par l'article 1559, 1^{er} alinéa, à la condition qu'il soit utile aux époux, que la femme y consente, que la justice l'autorise et que l'immeuble reçu en contre-échange représente au moins les $\frac{4}{5}$ de la valeur de l'ancien, ce qui fera l'objet d'une estimation par des experts nommés d'office par le tribunal.

Et l'article 1559, 2^e alinéa, ajoute : Dans ce cas, l'immeuble reçu en échange sera dotal; l'excédent du prix, s'il y en a, le sera aussi et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme.

Comme l'article 1407, sous le régime de communauté, cet article consacre, sous le régime dotal,

l'application de la subrogation réelle. Mais il est rare que l'échange se fasse but à but.

L'immeuble aliéné par la femme avait une valeur supérieure d'environ $1/5$ à l'immeuble qu'elle a reçu en échange. Il sera fait emploi de cette somme d'argent versée à la femme et le bien ainsi acquis sera dotal.

Mais le contraire peut se produire. L'immeuble reçu en échange par la femme a une valeur supérieure à celui dont elle s'est départie. C'est elle qui doit une soulte. Cet immeuble sera-t-il dotal en totalité? La négative n'est pas douteuse, puisqu'aux termes de l'article 1543 du Code civil la dot ne peut être constituée, ni même augmentée durant le mariage.

20 Voici un cas qu'il faut assimiler à l'échange.

Un immeuble dotal doit être rapporté à la succession du constituant. Et, à la suite des opérations du partage, un autre immeuble est attribué à la femme. Il y a là un échange forcé que l'on peut assimiler à celui prévu dans l'article 1559 du Code civil. Arrêt de la Cour de Montpellier du 11 novembre 1854. S. 1854. II. 687. La thèse contraire permettrait à la femme de faire échec au principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal durant le mariage. La femme omettrait d'invoquer le rapport en moins prenant de l'article 859 et replacerait dans la masse successorale l'immeuble dotal qui était inaliénable. Elle se ferait alors attribuer un autre immeuble qui serait aliénable si l'on décide qu'il est paraphernal.

3^o Il faut aussi attribuer la qualité dotale aux immeubles acquis des deniers provenant des aliénations prévues et permises sous certaines conditions par l'article 1558 du Code civil. On peut aliéner l'immeuble dotal avec permission de justice pour tirer de prison le mari ou la femme, pour fournir des aliments à la famille, pour payer certaines dettes exigibles même sur les biens dotaux, pour faire de grosses réparations indispensables à un autre immeuble dotal, enfin lorsque l'immeuble dotal impartageable se trouve dans l'indivision (1). Dans tous ces cas, des sommes d'argent peut-être importantes risquent de se trouver entre les mains des époux. Mais le remploi en sera obligatoire (2) et l'immeuble acquis avec cet argent sera dotal (article 1558 *in fine*).

4^o Il est possible que l'immeuble dotal soit exproprié durant le mariage. Il y a là une aliénation forcée que les époux doivent subir dans l'intérêt général. Mais il serait injuste que la valeur dotale disparaisse. C'est pourquoi l'article 13 de la loi du 3 mai 1841 déclare « *que le tribunal ordonnera les mesures de conservation ou de remploi qu'il jugera nécessaires* ; et cet article ajoute : *Ces dispositions sont applicables aux immeubles dotaux et aux majorats*. En conséquence, l'immeuble acquis avec l'indemnité d'expro-

(1) Nous donnerons plus loin quelques développements sur la licitation de l'immeuble dotal.

(2) Ordinairement sous le régime dotal, à la différence du régime de communauté, le remploi est obligatoire pour les tiers.

priation sera dotal, si les formalités du remploi sont exécutées. Le remploi est d'ailleurs dispensé des droits d'enregistrement, puisque c'est un acte nécessité par l'expropriation (Loi 3 mai 1841, article 58).

5^o Une identité de motifs milite en faveur du caractère dotal de l'indemnité versée à la femme pour l'acquisition d'une mitoyenneté ou d'une servitude de passage ou d'irrigation en cas d'enclave. Comme dans le cas précédent, il y a une aliénation forcée qui rappelle de très près les aliénations du fonds dotal permises dans l'article 1558 du Code civil. Il est donc équitable de décider que l'immeuble acquis au moyen de cette indemnité sera dotal.

Si la question de subrogation se résoud facilement dans les hypothèses dont nous venons de parler, il n'en est plus de même dans les cas suivants :

6^o L'indemnité due par un tiers, qui a causé un dommage à un bien dotal, est-elle dotale ? question fort controversée.

Les auteurs qui écartent la subrogation réelle en ce cas raisonnent de la manière suivante : Sans doute, on doit admettre que l'indemnité d'expropriation représente le bien dotal, puisque la loi de 1841 le décide. Mais la subrogation est une fiction et il faut la limiter aux cas prévus par la loi. — Nous examinerons plus loin pour la combattre cette théorie de la subrogation fiction. Le législateur ne peut pas prévoir tous les cas qui peuvent se présenter. C'est à l'interprète à combler ses lacunes en se laissant guider par sa pensée directrice. — Certes il est indubitable que notre Code civil restreint la dotalité, dé-

fend aux époux comme aux tiers de l'accroître durant le mariage. Mais vraiment, est-ce bien l'augmenter que de la réparer, de reconstituer la valeur dotale. La jurisprudence d'ailleurs est en ce sens. Un arrêt de la Cour d'Aix du 6 janvier 1890. S. 90. II. 89, décide que les dommages intérêts obtenus d'un notaire imprudent qui a causé la perte de la dot, sont dotaux. Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, le 5 janvier 1891. D. 91. I. 487.

La subrogation dans le cas suivant fit aussi l'objet de nombreuses controverses et encore à l'heure actuelle les avis sont-ils partagés.

7^o *Subrogation en cas d'éviction d'un immeuble dotal.* Un tiers a constitué en dot à la femme ou la femme elle-même a apporté en dot au mari, l'immeuble d'autrui. La femme évincée remplace cet immeuble par un autre de valeur équivalente. Ce bien sera-t-il dotal ? — Nombre d'auteurs lui refusent ce caractère en disant : A l'analyse, quelles sont les opérations qui ont été effectuées ici ? Il y a eu substitution de la créance en garantie à l'immeuble, une fois l'éviction consommée ; puis dation en paiement d'un autre immeuble par la femme ou le constituant. Or l'article 1553 (2^o) décide que l'immeuble donné en paiement de la dot en argent n'est pas dotal. Il prohibe la transformation de la dot mobilière en dot immobilière, et ici ne serait-ce que pendant un instant de raison la dot a revêtu l'apparence mobilière.

Ce raisonnement nous paraît erroné : La pensée du législateur en défendant la transformation de la

dot mobilière en dot immobilière n'est pas douteuse. Il a voulu empêcher que les époux puissent transformer après coup leurs pouvoirs sur la dot et par ce moyen augmenter l'inaliénabilité. Or, en cas d'éviction, c'est exactement le contraire qui se produit. Les époux, loin de vouloir rien toucher aux dispositions de leur contrat de mariage, veulent avant tout les respecter en reconstituant la dot telle qu'elle était. D'autre part si l'on veut des arguments de texte, l'article 1553 (2^o) ne parle que de la dot *constituée* en argent. Enfin il est bien probable que l'hypothèse de l'éviction a échappé au législateur. — Ce qui nous incite à nous réclamer ici de la dotalité, c'est l'analogie de motifs, qui se rencontre en ce cas et ceux prévus par l'article 1558. Nous retrouvons la même idée : l'aliénation, la disparition de l'immeuble dotal ayant été imposée aux époux, il importe de le remplacer, de rétablir la valeur dotal inaliénable.

C'est d'ailleurs le motif qui nous fera donner dans l'espèce suivante une solution analogue à l'encontre même de la jurisprudence.

8^o) L'immeuble dotal a été incendié durant le mariage. L'indemnité fournie par la Compagnie d'assurances sera-t-elle dotal ou paraphernale ?

La Cour de Pau, dans un arrêt du 31 mai 1893, D. 95. II. 10, nous répond par la négative : L'indemnité, dit-elle, représente les primes versées. Or, ces primes n'ont rien de dotal ; donc l'indemnité sera paraphernale. Du reste, la loi du 19 février 1889 ne subroge l'indemnité d'assurance à l'immeuble incendié qu'en matière hypothécaire. — Il est inexact de dire

que l'indemnité d'assurance représente les primes versées. C'est le dommage subi, la perte de l'immeuble dont elle tient lieu. L'assurance est devenue une pratique courante, un acte d'administration. Le paiement des primes peut être considéré comme les débours effectués pour les réparations d'entretien. Il sert, comme les réparations, à maintenir l'immeuble, à le conserver. Qu'importe le procédé employé. Dans un cas, le dommage subi par le bien dotal est réparé peu à peu ; dans l'autre, tout d'un coup. Si l'on décide que l'indemnité d'assurance est dotale, que l'immeuble acquis avec elle l'est aussi, tout se passera comme s'il n'y avait pas eu de sinistre. N'oublions pas que l'indemnité d'assurance a un rôle essentiellement réparateur. Il y a une singulière contradiction à admettre que l'indemnité due par un tiers sera dotale et à refuser ce caractère à l'indemnité due par une Compagnie d'assurances. Dans nombre de cas, la Compagnie ne fait que se substituer au tiers responsable. D'ailleurs il y a là une aliénation, une disparition du bien dotal, que les parties n'ont pu éviter. Il serait injuste de les rendre responsables d'un fait qui ne leur est pas imputable.

9º) C'est bien aussi pour cette dernière raison que l'article 1558 (6º) a été écrit. L'immeuble dotal peut être aliéné lorsqu'il est indivis avec d'autres, et qu'il est reconnu impartageable. Et le dernier alinéa de cet article décrète que la somme d'argent en provenant sera dotale et sera remployée.

C'est qu'en effet il y a là une aliénation que la femme ne peut éviter, puisque nul n'est tenu de res-

ter dans l'indivision. Si elle doit subir le partage, au moins ne doit-elle pas en souffrir. Elle a voulu rendre une partie de sa dot inaliénable, en se constituant la portion indivise immobilière qu'elle détenait. Que sa volonté soit donc respectée.

Mais il nous faut examiner l'hypothèse d'une façon complète. Comme nous l'avons remarqué en pareil cas sous le régime de la communauté, la subrogation réelle et l'effet déclaratif du partage se font antithèse.

Examinons la combinaison que fit la jurisprudence de ces deux principes contraires :

a) La femme reste adjudicataire de l'immeuble dont elle ne possédait qu'une partie comme dotale. Un arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1860 D.60. I. 297, décide que l'immeuble entier est dotal. Notre jurisprudence applique l'effet déclaratif du partage dans les rapports de l'un des cohéritiers et de ses propres ayants cause (la communauté, le mari). C'est une erreur. Car cette solution est franchement contraire à l'article 1543 qui interdit d'augmenter la dot durant le mariage. D'autre part, c'est détourner l'effet déclaratif du but pour lequel il a été créé, et qui consiste uniquement dans la réglementation des rapports des cohéritiers entre eux ou d'un des cohéritiers avec les ayants cause de l'autre. Il eut été, semble-t-il, préférable d'appliquer ici la théorie de la subrogation réelle et de décider que les parts acquises par la femme tenant la place des deniers paraphernaux seraient elles-mêmes paraphernales.

b) Un des coindivisaires de la femme est resté adjudicataire. Une somme d'argent échoit à la femme sous la forme d'une soulte due par son ex-copropriétaire. Cette soulte sera-t-elle dotale? Si la jurisprudence voulait être logique avec elle-même, elle devrait appliquer ici l'effet déclaratif du partage, et décider que la femme n'ayant jamais été censée propriétaire de l'immeuble, mais ayant toujours été censée propriétaire d'une somme d'argent, le bien acquis en remploi de cette somme durant le mariage serait paraphernal. Mais elle écarte ici l'article 883 et décide que la soulte payée à la femme sera dotale; donc le bien acquis en remploi sera dotal. Car cette soulte représente une partie indivise d'un immeuble dotal. C'est aussi l'application de la subrogation réelle qu'elle fait dans le cas suivant : à la suite de la licitation d'un immeuble indivis avec une femme dotale, celle-ci reçoit dans son lot des valeurs mobilières dépendant de la succession; la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1856, D. 56. I. 155, décide que les valeurs seront considérées comme un prix de licitation et devront être remployées à concurrence de la part indivise qu'elle détenait dans l'immeuble.

c) Un tiers se porte adjudicataire de l'immeuble dont la femme s'était constituée en dot une partie indivise.

Ici le doute n'est plus permis : la portion du prix revenant à la femme est dotale ainsi que l'immeuble acquis en remploi de cette somme. Comme il n'est plus question ici de l'effet déclaratif du partage, la jurisprudence fait une application judicieuse de la

subrogation réelle ; solution qui d'ailleurs était rendue nécessaire en présence des termes de l'article 1558 (6^e alinéa).

Et c'est précisément cet article qui lui fait écarter l'article 883 lorsque c'est un colicitant qui se rend adjudicataire. L'article 1558 est formel, ne permet pas la discussion ; il fallait bien l'appliquer.

Ainsi la jurisprudence fut amenée à se révéler illogique en appliquant l'article 883 lorsque c'est la femme qui reste adjudicataire.

Il eût été vraiment plus simple de rejeter franchement l'effet déclaratif, qu'ici l'on détournait de son but, et de faire une application générale de la subrogation réelle. Cette solution aurait eu le mérite d'éviter à la jurisprudence le reproche de contradiction, qui est ici malheureusement justifié.

A part l'échange, tous les cas de subrogation réelle que nous venons d'étudier, qu'ils soient prévus expressément ou implicitement par la loi, se placent sous l'égide de l'idée directrice que voici : l'aliénation, la disparition de l'immeuble dotal n'est pas imputable aux époux ; aussi ne doivent-ils pas souffrir de cette aliénation forcée. Au moment de leur contrat de mariage, la femme avait un immeuble. En adoptant le régime dotal, tel qu'il est établi par la loi, les époux savaient parfaitement qu'ils rendraient ce bien inaliénable. C'est donc en pleine connaissance de cause qu'ils ont agi : Ils ont certainement voulu rendre inaliénable une partie de la dot de la femme. Le respect de leur volonté, dont on a une libre manifestation au moment de la rédaction du contrat,

imposait donc au législateur ou à ses interprètes, de leur donner la possibilité de reconstituer inaliénable cette valeur dotale devenue bien fragile par suite des circonstances auxquelles ils sont restés étrangers.

Ce qui durant longtemps fit écarter l'application de la subrogation réelle pour l'indemnité due par un tiers, et qui la fait encore prohiber pour l'indemnité d'assurance par la jurisprudence, c'est l'habitude de la plupart des juristes de considérer les biens en eux-mêmes et non au point de vue de la valeur qu'ils représentent.

Mais voici que la jurisprudence elle-même adopte la méthode économique dans l'étude des règles de droit, et cela nous amène à l'examen d'une de ses théories les plus originales.

§ II. — CAS OU LA SUBROGATION RÉELLE NE S'OPÈRE PLUS FRANCHEMENT, MAIS OU ELLE EST REMPLACÉE PAR UNE RÉDUCTION D'ELLE-MÊME. THÉORIE DE LA DOT INCLUSE.

Lorsque, sous le régime dotal, on refuse à un bien la qualité dotale, il semble qu'il ne puisse être que paraphernale. Notre Code civil, en effet, ne connaît que deux catégories de biens, les dotaux et les paraphernaux. Cependant la jurisprudence admet qu'à côté des simples paraphernaux, il y a des paraphernaux dont la condition juridique diffère des autres, parce qu'ils contiennent la dot, qu'ils représentent des deniers dotaux. En d'autres termes, si dans de

nombreux cas la qualité dotale dans beaucoup de ses conséquences ne se transmet pas aux biens qui viennent remplacer le bien dotal, cependant un de ses éléments, une certaine inaliénabilité passe au bien nouveau. Nous nous expliquerons en suivant le plan que voici :

A) *Cas d'application de cette institution juridique.*

B) *Son étude théorique.*

C) *Appréciation sur la théorie de la dot incluse.*

D) *En quoi elle se rapproche de la subrogation réelle.*

A) *Cas d'application.*

1^o Le mari après la séparation de biens doit restituer la dot. Rien de plus facile pour les immeubles dotaux qui sont inaliénables. Mais la restitution doit porter sur une somme d'argent considérable que la femme lui avait apporté en dot. Le mari, qui n'a peut-être pas de deniers disponibles, cède en paiement à sa femme un de ses immeubles. Cet immeuble sera paraphernal ; mais il ne faut pas oublier qu'il contient la dot inaliénable. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 12 avril 1870, D. 70, I. 264, dit : *qu'il est grevé de la créance dotale entre les mains de la femme, comme il aurait été grevé de l'hypothèque légale entre les mains du mari*. Voyez aussi un arrêt de la Cour de Montpellier du 21 juin 1871. D. 71. II. 175, qui décide que l'immeuble attribué à la

femme après la séparation de biens en paiement de ses reprises dotales, n'est pas dotal. La femme peut en disposer à titre gratuit par voie de partage anticipé entre ses enfants. Mais si l'un des créanciers de l'enfant donataire saisit cet immeuble, la femme aura un droit de créance à exercer dans l'ordre avant tous autres créanciers, pour recouvrer sa valeur dotale.

2^o Le constituant qui avait promis à la femme une somme d'argent ne peut se libérer qu'en lui cédant un de ses immeubles. La cour de Pau le 8 juin 1892. D. 94. II. 315, déclara que l'immeuble acquis en paiement de la dot mobilière est paraphernal. Quelque temps après, le 22 février 1905, la Cour de cassation constata qu'à défaut de stipulation d'emploi, l'immeuble donné en paiement est paraphernal, mais qu'il contient la dot mobilière. D. 05. I. 241.

3^o Un père constitue à sa fille une dot en argent. Mais il meurt durant le mariage de sa fille, sans la lui avoir payée. Celle-ci recueille alors dans la succession de son père un immeuble. La Cour de cassation (1^{er} décembre 1857. D. 58. I. 71) décida que l'immeuble abandonné à la femme pour sa dot, qui ne lui avait pas été payée, n'était pas dotal, mais que le prix était frappé de dotalité jusqu'à concurrence de la dot. Donc la femme pouvait prélever sur ce prix mis en distribution par suite de la vente de l'immeuble le montant de sa dot, par préférence aux créanciers envers qui elle s'était obligée. Une décision analogue fut donnée par la Cour d'Agen le 4 mai 1858. D. 58. II. 152. La jurisprudence est nettement fixée

en ce sens. Cassation, 3 juin 1891. D. 92. I. 13. Cassation, 26 novembre 1895. S. 96. I. 73. Ces deux derniers arrêts exigent, pour que la femme puisse soustraire aux tiers la valeur dotale que représente l'immeuble, des conditions de publicité que nous examinerons plus loin.

4^o Pendant le mariage, le mari acquiert avec des deniers dotaux un immeuble au nom de sa femme, sans que le contrat de mariage contienne une clause d'emploi. L'immeuble ainsi acquis est paraphernal, mais il contient la dot mobilière. Remarquons qu'ici il y a une restitution anticipée de la dot : En effet, avant cette acquisition le mari détenait les deniers dotaux en qualité d'usufruitier, donc de propriétaire, puisque sur les choses consommables au premier usage, l'usufruit se transforme en quasi-usufruit. Désormais ce ne sera plus lui qui sera propriétaire, mais bien la femme, et le consentement de celle-ci sera indispensable, pour qu'il puisse à nouveau aliéner. Il y a là un échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; il y a un changement aux pouvoirs du mari sur la dot. Mais la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ces objections et déclara que, sous le régime dotal, l'immeuble acquis pendant le mariage appartient à celui des époux au nom de qui l'acquisition a été faite, quelle que soit l'origine des deniers employé au paiement du prix. Cassation, 19 décembre 1871. D. 72. I. 77. Voyez aussi un arrêt de la cour de Caen du 29 novembre 1872. D. 74. II. 107.

5^o La femme, à qui le mari a rendu sa dot mobilière

après la séparation de biens, achète un immeuble. Quoique ce bien ait été payé des deniers dotaux, il n'est pas dotal, lorsqu'il n'y a pas de condition d'emploi dans le contrat de mariage. Mais il contient la dot mobilière. Grenoble, 11 juillet 1857, D. 57. II. 210. Cassation, 1^{er} août 1900, D. 01. II. 145.

6^o Une femme, qui n'a pas été payée de ses reprises après la séparation de biens, se rend adjudicataire d'un immeuble du mari saisi par les créanciers de celui-ci. Elle est dispensée de payer son prix d'adjudication à concurrence de la somme pour laquelle elle est colloquée en vertu de son hypothèque légale. En d'autres termes, il s'établit une confusion entre le montant de ses reprises et le prix d'adjudication qu'elle doit en partie à elle-même. Voilà donc un immeuble qui est sans doute paraphernal, mais qui contient une valeur dotale. Bordeaux, 14 mai 1857, D. 57. II. 211.

7^o Les époux aliènent durant le mariage un immeuble dotal; puis avec les deniers provenant de cette vente, ils acquièrent un autre immeuble. La femme, après la dissolution du mariage, ratifie l'aliénation incorrecte de l'immeuble dotal et se contente de la nouvelle acquisition. L'immeuble obtenu avec des deniers dotaux n'est pas dotal, mais il renferme en lui une partie de la dot.

8^o L'immeuble, qui est fourni par le constituant à la suite de l'éviction de l'immeuble dotal, est dotal à notre avis. Cependant les nombreux auteurs qui le considèrent comme un bien paraphernal doivent reconnaître que la dot y est incluse.

9° La jurisprudence, qui refuse de reconnaître la dotalité à l'immeuble acquis en remploi de l'indemnité d'assurance, doit admettre cependant qu'il représente la valeur dotale.

Enfin d'une manière générale, toutes les fois qu'un bien contient des deniers dotaux ou une valeur dotale, il a une condition juridique spéciale qu'il nous faut maintenant étudier.

B) Etude théorique de la dot incluse.

Il est certain que dans tous les cas que nous venons d'examiner l'immeuble est paraphernal. En conséquence, la femme autorisée de son mari pourra l'aliéner librement. Elle pourra le vendre, même en disposer à titre gratuit. Ses créanciers pourront le saisir. Enfin, c'est elle qui en aura l'administration. Théoriquement aussi, c'est elle qui en percevra les revenus.

Mais cette immeuble contient une valeur dotale inaliénable. Et, pour que l'on puisse considérer qu'un paraphernal représente la dot, il faut la réunion des trois circonstances suivantes : 1° Une acquisition faite au cours du mariage par la femme ou en son nom. Car si le bien nouveau devenait la propriété du mari, la question de dotalité ou de paraphernalité ne se poserait pas ; 2° l'absorption de deniers dotaux par cette acquisition ; elle se produit lorsqu'on emploie les deniers dotaux à payer le prix d'achat, ou lorsque la créance dotale se trouve éteinte par confusion ou par compensation. C'est d'ailleurs

à la femme à prouver que les deniers de l'acquisition étaient dotaux; 3^o Enfin, il faut que le contrat de mariage ne prescrive pas l'emploi des deniers dotaux; autrement ce nouveau bien serait dotal.

Lorsque ces trois conditions sont réunies, on est en présence d'un paraphernal contenant une valeur dotale.

Par conséquent, comme c'est le mari qui doit jouir de la dot, la femme devra lui remettre les intérêts, les loyers de cet immeuble qu'elle a perçus.

Sans doute la femme peut vendre cet immeuble puisqu'il est paraphernal, mais elle ne peut pas se départir de la valeur dotale qu'il contient. Si le prix d'achat que lui a remis le tiers acquéreur, venait à se volatiliser, la femme pourrait à nouveau lui réclamer la valeur dotale. Aussi l'acquéreur fera-t-il bien de surveiller le quasi-remploi qui peut s'effectuer dans ce cas. De même, un arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1842, rapporté au DALLOZ, 42. I. 61, décide que l'acquéreur ne peut se libérer en compensant le prix de l'immeuble vendu avec les dettes de la femme, mais doit le verser effectivement dans les mains de celle-ci, sous peine de délaissement. Voyez aussi un arrêt cité dans le recueil de DALLOZ, 1898, II. 430. — La femme peut aussi disposer de cet immeuble paraphernal à titre gratuit. Le donataire devient propriétaire de cet immeuble. Mais il s'est pour ainsi dire engagé à faire ressortir la créance dotale de la femme que recèle cet immeuble. Les créanciers du donataire, qui ont saisi l'immeuble, ne seront colloqués qu'après la femme.

Montpellier, 21 juin 1871. D. 71. II. 175. Voyez aussi un arrêt de la Cour suprême du 12 avril 1870. D. 70. I. 264. et S. 70. I. 185.

Enfin, les créanciers de la femme peuvent très bien saisir cet immeuble puisqu'il est paraphernal. Mais ils ne bénéficieront de leur gage qu'après avoir désintéressé la femme. Donc, dans l'ordre qui s'ouvrira à la suite de l'adjudication sur saisie de cet immeuble, la femme obtiendra un bordereau de collocation avant eux, non qu'elle ait un privilège (car seule la loi peut créer un privilège) ; mais elle formera une demande en distraction, prétextant que si ses créanciers avaient le droit de saisir l'immeuble dotal, ils n'avaient pas celui de s'emparer d'une valeur inaliénable et insaisissable, la valeur dotale. Cassation, 1^{er} décembre 1857. D. 58. I. 71. Agen, 4 mai 1858. D. 58. II. 152. Voyez aussi un arrêt rapporté au DALLOZ 1871. I. 291.

On a même poussé fort loin l'idée que les créanciers par leur saisie ne devaient pas faire perdre à la femme sa valeur dotale. Certains arrêts ont exigé que le créancier, avant de saisir, s'engage à faire porter le prix d'adjudication à une somme telle, que la femme soit couverte de ses reprises dotales. D'autres ont demandé au créancier de fournir une caution, Grenoble, 11 juillet 1857. D. 57. II. 210. — Agen, 13 août 1891. D. 92. II. 569. Ce dernier arrêt soutient que l'immeuble acquis des deniers dotaux, en l'absence de clause d'emploi du contrat de mariage, peut être saisi, mais à la condition que le créancier saisissant prenne l'engagement de faire

monter le prix à une somme suffisante pour désintéresser la femme. Cependant, la Cour de Toulouse n'était pas de cet avis. Dans un arrêt du 24 février 1860. D. 60. II. 64, elle déclara que le créancier hypothécaire poursuivant ne peut être obligé ni à s'engager personnellement, ni à consigner une somme permettant à la femme de recouvrer sa dot. En effet, certains arrêts avaient été jusque là. Bordeaux, 14 mai 1857, D. 57. II. 211. La Cour de cassation a fait heureusement justice de cette doctrine ingénieuse, mais dangereuse, Cassation, 22 février 1905. D. 05. I. 241. Les Cours d'appel par leurs exigences, protégeaient admirablement la dot de la femme, mais en arrivaient à paralyser complètement le droit de saisie de ses créanciers sur ses paraphernaux.

Le créancier pourra donc saisir librement cet immeuble d'un caractère mixte sans être obligé de s'engager personnellement ou de consigner une somme importante. La seule restriction à son droit porte sur l'efficacité plutôt que sur l'exercice de la saisie. Car il doit s'effacer devant la demande en distraction de la femme.

Cette théorie de la dot incluse a une influence considérable sur les rapports de la femme et des tiers. Aussi, une certaine publicité s'imposait-elle en cette matière, On veut que l'acheteur, le donataire, le créancier hypothécaire, qui va traiter avec la femme, soit prévenu du caractère paraphernal-dotal qu'a revêtu l'immeuble sur lequel il va traiter. Cette quasi-dotalité est d'autant plus dangereuse qu'elle a

une apparence inoffensive. Aussi faut-il qu'elle soit révélée aux tiers. Un revirement s'est produit en jurisprudence depuis quelques années. Quelques Cours du Midi de la France, où le régime dotal s'est implanté avec tant de force, notamment la Cour de Bordeaux, admettait que la femme exerce un prélèvement sur le prix d'adjudication, alors même que les tiers n'auraient pas été avertis. Bordeaux, 14 mai 1857. D. 57. II. 211. Depuis, les Cours d'appel et la Cour de cassation, considérant que c'était un véritable désarroi pour le Crédit public, ont décidé qu'une publicité de nature à prévenir les tiers était nécessaire. Il faut, dit la Cour de cassation, dans le titre d'acquisition une mention spéciale indiquant clairement le caractère dotal des valeurs dont tient lieu le nouveau bien. On doit pouvoir suivre les transformations successives que subit la dot mobilière inaliénable pour la femme. Cassation, 5 juin 1891. D. 92. I. 13. Cassation, 26 novembre 1895. D. 96. I. 313. S. 96. I. 73. Voyez aussi S. 93. I. 5. D. 98. II. 356 La publicité consistera à faire déclarer par la femme, dans l'acte d'acquisition de cet immeuble à caractère mixte, que cette acquisition est réalisée avec des deniers dotaux, et qu'elle est effectuée pour tenir lieu d'emploi à ces deniers. Origine des deniers et intention de fixer sa dot sur cet immeuble, voilà donc l'objet de cette double déclaration.

Mais il ne sera pas toujours aussi facile d'imprimer cette publicité à l'acquisition de la femme. Il se peut qu'elle acquiert cet immeuble par succession. Si elle

hérite avec d'autres, la difficulté se résoud d'elle-même ; la femme devra, dans l'acte de partage, faire les mêmes déclarations que dans l'acte d'acquisition. Par exemple au chapitre *des Abandonnements*, on peut bien ajouter à la phrase habituelle : *Les copartageants cèdent et abandonnent à titre de partage à Madame X... un immeuble situé..., etc..., ce qui est accepté par elle pour lui tenir lieu de la créance dotale que Primus, son père, ne lui a pas payée durant le mariage*. Mais si la femme hérite seule, voici que la question se corse : Elle va être propriétaire de plusieurs immeubles, qu'elle recueille dans la succession de son père. D'autre part, aucun acte ne sera rédigé puisque la dévolution héréditaire se fait *ipso facto*. Le seul moyen sera d'obliger la femme qui va traiter, par exemple avec un créancier hypothécaire, à lui déclarer qu'elle entend faire porter la valeur dotale sur l'immeuble A, de préférence à l'immeuble B.

En tout cas, il faut que le tiers soit averti. Car il serait inadmissible que la femme puisse obtenir ses fonds en lui engageant son immeuble, et vienne plus tard l'évincer en réclamant sa dot sur la valeur de cet immeuble, sans qu'il ait eu connaissance du danger de cette supercherie.

Jusqu'en 1904, on décidait qu'il ne suffisait pas que la représentation des deniers dotaux par l'immeuble soit établie dans un acte quelconque, qu'il fallait encore que cet acte soit le même que celui qui forme le titre de propriété de la femme, titre auquel

une prudence ordinaire prescrit aux tiers de se référer avant de faire crédit.

Mais un arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1904 décrète : qu'il suffit que la dotalité incluse soit révélée même implicitement tant par le contrat de mariage que par le titre d'acquisition et par les documents qui en font partie intégrante. Une femme s'était rendue adjudicataire d'un immeuble saisi sur son mari et avait été colloquée, sur elle-même, dans l'ordre ouvert sur le prix pour le montant de sa dot. Cet immeuble fut frappé de dotalité incluse et la Cour de cassation décida que les tiers, envers qui la femme s'oblige, doivent rechercher comment elle a payé son prix et se faire présenter le règlement de l'ordre, suite nécessaire de l'adjudication. Ceci sembla à la Cour de cassation de la plus élémentaire prudence. Cassation, 14 juin 1904. D. 05. I. 185. S. 05. I. 489. Notre jurisprudence semble donc s'orienter dans un sens de plus grande sévérité vis à vis des tiers. Ayant connaissance du contrat de mariage des époux, du régime dotal qu'ils ont adopté, on estime que les tiers doivent s'entourer de méfiance. On leur impose de faire quelques recherches sur la régularisation des opérations. Ajoutons que l'espèce de la Cour de cassation se présentait sous un jour particulièrement défavorable aux tiers. En effet, quand on est en présence d'une adjudication sur saisie, il semble qu'il doive venir à l'esprit de tout le monde de demander où se trouve les quittances d'ordre.

C) Appréciation de la théorie de la dot incluse.

La jurisprudence, partant de ce principe que la dot mobilière est inaliénable du chef de la femme, fut amenée à considérer que la valeur dotale est indestructible.

Cette théorie de la dot incluse a soulevé de multiples critiques. Notre Code civil, dans l'article 1553, disent la majorité des auteurs, a répudié l'ancienne doctrine de la dotalité subsidiaire (1). Notre loi ne connaît que deux sortes de biens sous le régime dotal : les biens dotaux et les biens paraphernaux. L'immeuble paraphernal, objecte-t-on, représente la valeur dotale; oui, dans les rapports des époux entre eux, mais non, vis-à-vis des tiers. Ce singulier mélange de dotalité et de paraphernalité paraît, pour le moins, hétéroclite. On s'efforce de déclarer que l'immeuble est paraphernal, et il semble que l'on prenne un malin plaisir à le traiter comme un immeuble dotal. Oui, la femme peut le vendre. Mais que le tiers prenne garde : S'il ne surveille pas attentivement le emploi de son prix, il peut être exposé à le payer une deuxième fois. La valeur dotale sera restée figée sur l'immeuble qu'il a acquis. Le pauvre acquéreur a les mêmes soucis qu'avec un immeuble dotal. Certes, la femme peut

(1) En cas d'insolvabilité du mari, le bien paraphernal acquis des deniers dotaux et revendu à un tiers pouvait être revendiqué comme dotal par la femme, quand même l'acte d'acquisition ne contenait aucune déclaration d'emploi.

en disposer à titre gratuit. Mais on fait une complète application de la règle : « *Donner et retenir vaut.* » La femme a la licéité d'être généreuse à bon marché et elle peut donner ce bien d'un cœur léger, sûre qu'elle sera de le recouvrer. En effet, que lui importe l'objet en lui-même, c'est la valeur qu'il représente qui est intéressante. C'est pourquoi elle laissera le bien au donataire et reprendra sa valeur ; quelle grandeur d'âme ! Aucun doute que les créanciers puissent saisir ce bien ; oui, ils saisiront une maison, mais sa valeur se volatiliserà. Ils auront l'enveloppe et la femme l'amende.

Enfin, c'est bien l'épouse qui administrera ce bien paraphernal et en jouira. Mais en pratique, le mari aura l'argent en provenant.

Voilà des principes juridiques bien étranges.

Aussi ne saurions-nous mieux faire que de reproduire ici le langage de M. LABBÉ (1) pour caractériser cette incroyable situation juridique : *Cet immeuble qui, appartenant à une femme mariée, n'est pas dotal, qui n'est pas inaliénable, mais qui recèle en son sein une valeur dotale indisponible, qui la garde, en répond et doit la rendre aux époux, c'est une nouveauté, presque une monstruosité juridique inventée par la jurisprudence.*

Ajoutons que les monstruosité's sont parfois nécessaires dans le domaine du droit pour tempérer la rigueur des principes.

(1) LABBÉ. Note au Sirrey, 1893, I, 5.

La jurisprudence, en constante union avec la vie pratique, devait se préoccuper de protéger la femme dotale dans les cas où la loi la laissait à la merci de la mauvaise gestion maritale. Notre Code avait des lacunes qu'il fallait combler. Au risque de s'écarter quelque peu de l'orthodoxie juridique, la jurisprudence n'hésita pas à admettre la transmission du caractère dotal de biens à biens sous une forme détournée et quelque peu atténuée.

D) Cette remarque nous conduit à examiner le lien étroit qui unit la théorie de la dote incluse à la subrogation réelle.

Il y a plus qu'un rapport entre elles ; il y a dans la théorie de la dot incluse une forme atténuée de la subrogation réelle. Sans doute la transmission du caractère dotal ne se fait pas intégralement. Aussi le nouveau bien est-il considéré comme paraphernal, donc aliénable et saisissable. Le transfert de la qualité dotale ne s'effectue pas en ce qui concerne les formes extérieures du droit de propriété. Car il était nécessaire de sauvegarder les apparences. Il fallait avoir l'air de respecter le Code de 1804. Mais au point de vue essentiel à la subrogation réelle, en ce qui concerne le caractère de la valeur que représente un bien, la transmission s'effectue. La valeur dotale qui affectait tel bien, reporte son emprise sur le bien acquis à la place de l'ancien. Qu'importe le nom donné au nouvel immeuble, qu'importe les pouvoirs extérieurs conférés sur lui ;

la valeur dotale s'incorpore à tour de rôle dans un bien, puis dans un autre. Sa longévité est assurée par la dose d'inaliénabilité plus ou moins apparente qu'elle imprègne au bien qu'elle affecte. Le caractère essentiel à la subrogation réelle se retrouve ici : l'effet réel (1) (la préférence), qu'il ait nom propriété, privilège, demande en distraction, existe dans la dot incluse. Un individu bénéficie d'une cause de préférence sur le bien qui a remplacé celui qui a été aliéné ; ce qui se traduit de la manière suivante : La valeur qui possédait telle qualité (cette qualité lui donne sa destination, sa mission à remplir) a changé d'enveloppe, a quitté un bien pour se reporter sur un autre.

Nier, que, dans la théorie de la dot incluse, il y ait subrogation réelle, c'est méconnaître une vérité. Un bien était libre, aliénable sans aucune restriction. Sans doute, il le reste toujours. Mais voici qu'il est atteint d'une tare qui va écarter acheteur et créanciers. Pourquoi ce vide autour de cet immeuble ? c'est qu'il détient la valeur dotale, qui autrefois affectait un autre bien.

Oui, il n'y a pas subrogation réelle, si l'on s'en tient aux apparences, aux mots. Mais si l'on considère le résultat, il est difficile de nier son influence, sa présence dans la théorie de la dot incluse.

(1) Nous verrons plus loin qu'il y a à côté de cette subrogation en valeur, une subrogation que l'on ferait mieux d'appeler subrogation en créance et qui, elle, est très discutée. Elle concerne la théorie des récompenses.

Le caractère dotal n'a pas été transporté, mais c'est tout comme. On n'ose le dire à cause du respect que l'on doit au Code; mais on n'en agit pas moins. La fin est atteinte, qu'importe le nom. C'est pourquoi nous pensons qu'il nous est possible d'affirmer qu'il y a dans la théorie de la dot incluse une réduction de la subrogation réelle, qui peut revêtir un double caractère, l'un moins apparent que l'autre. Quoiqu'il en soit le résultat est obtenu; la valeur dotale ne s'est pas perdue et c'est bien là, ce me semble, la destination de la subrogation réelle, rôle de conservation de valeur, mission d'équilibre.

Ceci nous prouve une fois de plus la nécessité de notre théorie. Notre Code, par sa conception étroite du régime dotal, l'avait écartée. Notre jurisprudence pallia à cet inconvénient en élaborant de toutes pièces une théorie qui se rapproche singulièrement de la subrogation réelle. C'est qu'il fallait protéger la femme et la famille. En présence de l'évolution économique aussi forte que rapide, en regard de la transformation de la richesse en fortune mobilière, notre monument législatif de 1804, qui attachait encore un prix inestimable aux immeubles et dédaignait la fortune mobilière, était devenu notoirement insuffisant. C'était le devoir de la jurisprudence d'avoir pitié des faibles, d'élargir la théorie de la subrogation réelle, en l'assouplissant au régime dotal, en conservant avant tout la valeur dotale, quelque forme qu'elle ait prise.

SECTION V

TRANSMISSION DE LA QUALITÉ DE BIEN DE FONDATION

C'est aussi la conservation d'une valeur à une affectation déterminée que notre théorie poursuit ici, la définition même de la fondation nous le montre : On appelle *fondation* l'affectation perpétuelle de biens ou de valeurs à un service déterminé par le disposant.

Le meilleur moyen de remplir la volonté de ce dernier est, semble-t-il, de rendre le bien de fondation inaliénable et souvent il en est ainsi. Alors quel rôle peut avoir la subrogation réelle en cette matière puisqu'elle implique mutation. Certes, il sera assez rare qu'une aliénation volontaire lui donne l'occasion de s'appliquer ici. Mais il faut tenir compte des aliénations forcées, de la destruction possible du bien de fondation.

Nous passons rapidement en revue quelques-unes des hypothèses les plus usuelles d'aliénations, d'événements que l'on est obligé de subir.

L'immeuble de fondation peut être exproprié pour cause d'utilité publique. Sans doute, l'administration fera ordinairement tout ce qu'elle pourra pour éviter le déplacement d'un hôpital par exemple. Mais les exigences de l'intérêt public peuvent aboutir à ce résultat.

Cas plus fréquent : Cet immeuble a été incendié : Une compagnie d'assurances ou un tiers sera responsable du dommage causé et devra le réparer.

Enfin, ce sont des valeurs, des obligations de villes, de sociétés industrielles ou commerciales, qui ont été données à un particulier (ce sera rare), ou à une commune, au département, à un établissement public ou d'utilité publique (c'est le cas normal), pour subvenir aux dépenses d'entretien de lits aux hôpitaux. Mais au bout d'un certain temps, ces valeurs sont amorties, les titres sortent au tirage.

Voilà donc une série de cas où une somme d'argent sera mise à la disposition de la personne chargée de pourvoir à l'exécution des volontés du défunt. Cette somme improductive par elle-même devra être remployée et le bien nouvellement acquis grâce à la subrogation réelle prendra la qualité *de bien de fondation*. On conservera ainsi à la valeur donnée par le disposant l'affectation, la destination qu'il lui avait assignée. Le bien de remploi sera comme l'ancien inaliénable, insaisissable par les créanciers de la personne morale chargée de veiller à l'accomplissement des dernières volontés du testateur.

Mais ici des formalités de publicité sont-elles nécessaires? Doit-on dresser un acte contenant la double déclaration de l'origine des deniers, et de l'intention d'effectuer le remploi? La plupart du temps, la publicité ressortira de l'aménagement donné à tel immeuble; et bien imprudent serait un créancier qui consentirait à prêter à la personne morale, qui lui fournirait comme gage un immeuble

construit en forme d'hôpital. Cependant la distinction ne sera pas toujours aussi nette et nous pensons qu'il sera prudent, de la part de la personne morale chargée de la fondation, pour éviter les poursuites de créanciers par exemple, d'indiquer dans l'acte d'acquisition de l'immeuble, et l'origine des deniers, et l'intention d'affecter cet immeuble au but que le disposant avait assigné à l'ancien. Si le remploi de l'indemnité d'expropriation, de l'indemnité d'incendie, de la somme provenant des obligations sorties au tirage, est fait en valeurs, il semble qu'il serait possible d'exiger, sur le certificat nominatif, la double déclaration d'origine des deniers et de nouvelle affectation.

En tous cas nous voyons ici l'application de notre théorie. L'essence même de la fondation l'imposait. En effet, il y a bien là affectation d'une valeur à un but déterminé, et nous verrons dans notre théorie générale que c'est précisément un des critères de l'admission de la subrogation réelle.

Mais encore faut-il que cette affectation d'une valeur à un but déterminé ait été voulue par les parties ; qu'elles aient désiré la constitution d'un bien de fondation. En ce cas le bien acquis en emploi d'une somme d'argent donnée ou en remploi d'un bien de fondation aliéné sera substitué à l'ancien bien et comme lui prendra la qualité de bien de fondation. Dès lors, si la fondation disparaît au bout d'un certain temps, les héritiers du sang pourront réclamer le nouveau bien et non la somme donnée en fondation ou la valeur de l'ancien bien. Tel était

le cas de l'espèce analysée par M. SALEILLES, sur un arrêt de la Cour de Dijon, du 30 juin 1893. S. 94. II. 185. Un immeuble avait été légué à une commune à la condition qu'il serait affecté à l'entretien d'institutions congréganistes. Il y avait bien là fondation, affectation d'une valeur à un but déterminé. L'immeuble légué avait été aliéné et on avait acquis en remploi des titres de rentes qui avaient bénéficié d'une hausse notable. Sur ces entrefaites, la commune ne se chargeant plus d'entretenir l'école congréganiste, les héritiers du sang demandèrent la révocation du legs, puisque la volonté du testateur n'était plus accomplie. Ils plaidaient la subrogation réelle et réclamaient la restitution des titres de rente plutôt que la valeur de l'immeuble. La Cour leur donna gain de cause en décidant qu'il y avait subrogation, puisqu'il y avait bien de fondation. Par contre, dans un arrêt tout récent, la Cour de cassation décida que *la simple affectation par donation d'une somme d'argent à un objet déterminé ne suffisait pas à entraîner la subrogation d'un objet à une somme d'argent, si telle n'avait pas été l'intention des parties*(1). Or cette intention de subrogation se manifeste lorsqu'il y a bien de fondation. Et, dans l'espèce de la Cour de cassation, il n'y avait pas fondation,

(1) Arrêt qui semble consacrer la théorie de la subrogation interprétation de volonté. Nous verrons cependant dans notre théorie générale que, si les termes qu'il emploie sont quelque peu dangereux pour la théorie de la valeur d'affectation, il est néanmoins possible de le concilier avec la subrogation valeur d'affectation.

mais une simple donation avec charge : On avait donné à une Communauté religieuse une somme d'argent, à charge de construire une chapelle. La chapelle édiflée, la congrégation est dissoute et on lui nomme un liquidateur. Alors les héritiers du sang réclamèrent la somme versée par leur auteur. Le liquidateur entendit mal et voulut leur restituer la chapelle, en soutenant qu'elle avait été subrogée à la somme d'argent. Mais la Cour de cassation n'admit pas cette argumentation et obligea le liquidateur à rendre la somme donnée. Cassation 1^{er} août 1910. *Gazette du Palais*, 1910. II. 287.

La Cour suprême condamnait en ce cas la théorie de la subrogation réelle ; il n'y avait qu'une simple donation avec charges et le côté délicat de la question était d'interpréter la volonté du testateur, qui avait pu faire ce qu'il avait voulu. Mais quand le désir du testateur est clair, que son intention est bien de constituer une fondation, nous pensons qu'alors la subrogation réelle s'impose. La volonté a choisi librement un moule qui sollicite l'application de notre théorie, le moule de la fondation.

.....

Dans tous les cas de transmission de qualités que nous venons d'examiner, nous remarquons que la subrogation réelle, par la conservation d'une valeur à telle affectation, but auquel elle aboutit, remplit un rôle humanitaire très élevé, la protection des faibles et des pauvres. Aussi, est-ce là une raison pour l'admettre très largement. Même sous le régime dotal où elle devrait être d'interprétation

essentiellement restrictive, il existe, grâce à la théorie jurisprudentielle de la dot incluse, une quasi-subrogation réelle, que l'on justifie, il est vrai, économiquement plutôt que juridiquement. La jurisprudence rend ainsi à la subrogation réelle une partie du domaine que lui avaient enlevé les règles étroites du régime dotal. C'est dire le rôle indispensable qu'elle remplit en ces diverses matières juridiques, puisqu'on a tout fait pour aboutir à l'interprétation extensive. Ce n'était d'ailleurs que justice et équité, puisqu'il importe de conserver une valeur au profit d'individus, de familles, de groupes dignes la plupart du temps, du plus grand intérêt, et que c'est précisément la mission dévolue à la subrogation réelle.

CHAPITRE III

Cas où la subrogation réelle a pour but de maintenir le droit de préférence établi entre créanciers.

Le rôle attribué ici à notre théorie est loin de revêtir l'aspect humanitaire du chapitre précédent. Il s'agit là de faire respecter les droits des forts : Des créanciers en possession d'un privilège ou d'une hypothèque, dont ils ont été munis par la loi ou la convention librement débattue entre eux et leur débiteur, ne veulent pas, du fait de la disparition du bien sur lequel portait leur droit, le voir disparaître ou se transformer en un droit bien moins puissant. La subrogation réelle en une telle occurrence leur sera de la plus grande utilité, en transférant leur droit privilégié de l'ancien bien aujour-

d'hui disparu au bien nouveau, rôle qu'elle remplit dans deux séries de circonstances :

SECTION I. — *Séparation des patrimoines.*

SECTION II. — *Cas prévus par la loi du 19 février 1889.*

SECTION I

SÉPARATION DES PATRIMOINES

Les créanciers héréditaires, qui ont des doutes sur la solvabilité de l'héritier, peuvent avoir recours à la séparation des patrimoines ; et, par ce moyen, ils se ménageront l'attribution exclusive des biens du défunt, par préférence aux créanciers de l'héritier. La confusion des deux patrimoines ainsi écartée, on peut affirmer que les créanciers héréditaires ont, par rapport aux créanciers de l'héritier, un privilège sur tous les biens de la succession.

Mais ce n'est pas en un jour que la masse successorale va se liquider en deniers comptants, et pendant cet espace de temps les biens ont pu changer. Aussi doit-on décider que font partie de l'hérédité, non seulement les objets qui se trouvaient dans le patrimoine du défunt au moment de son décès, mais tout ce qui se trouve subrogé à de pareils objets. C'est ainsi que l'indemnité d'expropriation d'un immeuble héréditaire sera distribué aux créanciers héréditaires avant de l'être aux créanciers de l'héritier. Loi de 1841, art. 18. De même, la somme versée pour

acquérir une mitoyenneté, une servitude de passage sur un immeuble héréditaire, sera affectée spécialement aux créanciers du défunt. Enfin l'indemnité d'assurance, ou l'indemnité due par le locataire ou le voisin d'un immeuble héréditaire appartient aux créanciers du défunt, de préférence aux créanciers de l'héritier. L'article 2 de la loi du 19 février 1889, que nous aurons à examiner longuement, fait bénéficier de ses dispositions tous les créanciers privilégiés et hypothécaires sans distinguer.

Mais voici, au sujet de la séparation des patrimoines, une application spéciale qui nous la fait distinguer des cas prévus sous le paragraphe II de ce chapitre :

A l'égard des immeubles héréditaires, le droit de demander la séparation des patrimoines est imprescriptible. Vis-à-vis des meubles du défunt, qui peuvent se confondre avec ceux de l'héritier, l'article 880 de notre Code civil décide que ce droit se prescrit par trois ans à dater de l'ouverture de la succession.

Or, après le décès, l'héritier vend un des immeubles de la succession. Pendant combien de temps les créanciers héréditaires pourront-ils demander la séparation des patrimoines pour le prix de cet immeuble? Il semble, de prime abord, qu'ils n'aient pas plus de trois ans, puisque le prix est une créance sur l'acheteur, donc un meuble. Mais il est certain que notre Code n'a pas prévu cette hypothèse en établissant la prescription de trois ans pour les objets mobiliers. D'ailleurs, cette solution aboutirait à des résultats iniques.

On verrait des créanciers héréditaires n'avoir pas même eu un instant de raison pour demander la séparation des patrimoines. Ce serait le cas de l'aliénation postérieure de plus de 3 ans au jour de l'ouverture de la succession (On s'accorde en général pour fixer à cette date le point de départ de ce délai). D'autre part, ce serait un moyen trop commode pour l'héritier d'abréger le délai de la demande de séparation des patrimoines. Tous les héritiers obérés, de successions opulentes manifesteraient une sage folie de réalisation des immeubles successoraux.

Ces diverses raisons amenèrent à faire décider que le prix est subrogé à l'immeuble, et qu'il a comme lui le caractère immobilier C'est un des rares cas où le caractère immobilier se transmet. En tous cas, on reste fidèle au principe suivant : *Les biens du défunt, affectés spécialement aux créanciers héréditaires, doivent leur être conservés de toutes façons.* La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens. Cassation, 22 juin 1841. S. 41. I. 723. Metz, 27 mai 1868. S. 68. II. 281. Agen, 22 février 1886. Recueil d'Agen, 1886, page 24.

SECTION II

CAS PRÉVUS PAR LA LOI DU 19 FÉVRIER 1889

C'est une loi d'allure générale qui transporte sur certaines indemnités les droits de tous les créanciers privilégiés et hypothécaires.

Article 2. — Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang.

Néanmoins les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables.

Article 3 (1^{er}). — Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistres par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du Code civil.

Quant au 2^e alinéa de l'article 3 ainsi rédigé :
En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants-droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité, sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressé des conséquences du sinistre; nous examinerons rapidement s'il y a là un cas de subrogation réelle.

L'étude de la première partie de cette loi, concernant, les créanciers privilégiés et hypothécaires, nous intéresse tout particulièrement puisqu'il y a là, comme nous espérons l'établir, la source de nombreux cas de subrogation réelle.

Nous diviserons ainsi nos développements à ce sujet :

A) Historique de cette loi.

B) Son fondement.

C) Indemnités subrogées aux biens disparus.

D) Personnes bénéficiaires de cette subrogation.

E) Conditions pour en bénéficier.

Appendice. Y a-t-il un cas de subrogation réelle dans l'article 3 (2°).

A) Historique de la loi de 1889.

Après la rédaction de notre Code civil, et pendant une vingtaine d'années, notre jurisprudence sembla admettre que les créanciers privilégiés et hypothécaires pouvaient exercer leurs droits sur les indemnités d'assurances. Mais, par un revirement assez subit, la Cour de cassation décida, d'une part, que les privilèges ne peuvent porter que sur les biens indiqués par la loi et non sur les indemnités d'assurances ou autres, qui viennent à leur être subrogées, et, d'autre part, que les hypothèques, à part le prix, ne peuvent reposer sur une chose mobilière comme une indemnité d'assurance. La loi de 1841, article 18 *in fine*, qui transféra les droits hypothécaires et privilégiés, de l'immeuble exproprié sur l'indemnité d'expropriation (ce n'était en réalité qu'une indemnité pour dommages et intérêts, mais la jurisprudence vit en elle une sorte de prix), n'ébranla même pas la conviction de nos magistrats ni de notre doctrine. Néanmoins, dans le projet de loi de 1849 sur la refonte de notre régime hypothécaire, on se préoccupait vivement de cette question. Une loi spéciale, la loi du 28 mai 1858 sur les négociations concernant es marchandises déposées dans les magasins géné-

raux, décida dans son article 10 : *Que les porteurs de récépissés et de warrants ont, sur les indemnités d'assurances dues en cas de sinistres, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée.* La loi de 1874 disposait à son tour, dans son article 17, que les droits des créanciers hypothécaires s'exercent dans l'ordre des inscriptions sur le produit des assurances qui auraient été faites par l'emprunteur, sur le navire hypothéqué. Mais l'article 17 ajoutait *in fine*, et c'est ce qui fit échouer cette tentative, que l'inscription de l'hypothèque valait opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. Les Compagnies s'élevèrent contre cette prescription qui leur imposait l'obligation de lever un état des inscriptions sur le navire, au moment de la distribution de l'indemnité. Aussi la loi du 10 juillet 1885, qui apporta des retouches à l'hypothèque maritime, abrogea-t-elle implicitement la loi de 1874 et ne reproduisit pas l'article 17. C'est alors que survint la loi du 19 février 1889, dont nous connaissons déjà le texte.

B) Quel est le fondement de cette loi ?

En fait, l'équité imposait que les créanciers privilégiés et hypothécaires priment les créanciers chirographaires sur l'indemnité d'assurance, sur l'indemnité due par le locataire ou le voisin, comme sur le prix de vente et l'indemnité d'expropriation. Dans le patrimoine du débiteur une valeur de 100.000 francs, par exemple, représentée par un immeuble, est sous-

traite au droit de gage général des créanciers. Qu'importe la perte momentanée de cet immeuble, si sa valeur se reconstitue sous une forme nouvelle sans que sa filiation s'égare, sans que les créanciers chirographaires puissent être trompés ni lésés. Et, en l'occurrence, ils ne le sont pas, ils ont toujours le même droit de gage général; sa valeur représentative est restée la même. Mais quoi ! serait-il possible que ce droit de gage général s'accroisse du fait du hasard, que la situation des créanciers chirographaires fut améliorée ? Oui, si l'indemnité d'assurance, par exemple, n'était pas attribuée par préférence aux créanciers privilégiés et hypothécaires. Dès lors, n'y aurait-il pas à craindre que les créanciers chirographaires rendent le hasard, déjà si puissant, multiple, même innombrable ? N'aurait-on pas à redouter que les cas fortuits d'incendie augmentent de fréquence ? D'ailleurs la Compagnie d'assurance a pu se réserver, dans sa police, le choix de payer une somme d'argent ou de reconstruire l'immeuble, et, en ce dernier cas, ne serait-il pas inique d'empêcher les créanciers hypothécaires et privilégiés d'exercer leur droit sur ce nouvel immeuble. En général, on n'allait pas jusque là. Alors il va dépendre du bon vouloir de la compagnie de favoriser, par le parti qu'elle prendra, soit les créanciers hypothécaires et privilégiés, soit les créanciers chirographaires.

Mais comment, en droit, justifier ce transport de droits réels, de privilèges, de biens sur d'autres ? Subrogation personnelle, disent les uns : le créancier privilégié et hypothécaire serait subrogé à la place

du débiteur contre la Compagnie d'assurances. Mais il ne se fait aucun paiement et toute subrogation personnelle en suppose un. Alors nombre d'auteurs soutiennent que l'attribution aux créanciers privilégiés et hypothécaires de l'indemnité d'assurance est la conséquence d'une délégation légale : opinion qui s'appuie sur la pratique notariée antérieure à 1889. (L'emprunteur dans l'article dénommé *Transport de l'indemnité d'assurance*, déléguait à son créancier l'indemnité d'assurance due par la Compagnie), opinion qui a aussi pour elle les termes mêmes de la loi : Article 2 : *sans qu'il y ait besoin de délégation expresse*.

Mais si cette théorie est exacte, le débiteur ne doit pouvoir se libérer qu'entre les mains des créanciers inscrits et privilégiés, et alors que fait-on de l'article 2 *in fine*? On le met de côté avec cette explication.

Enfin, dit-on, il n'y a qu'une simple assimilation de l'indemnité d'assurance au prix de l'immeuble. Les travaux préparatoires sont en ce sens. Mais est-ce bien là une explication? On indique un résultat, on ne montre pas comment il s'opère.

A notre sens, la loi de 1889 ne peut s'expliquer que par la subrogation réelle. Les explications de M. Maunoury à la Chambre le prouvent : *Les indemnités, dit-il, seront considérées comme la représentation de l'objet sinistré, au même titre que le prix de vente de cet objet*. A la place de l'immeuble qui a péri, les créanciers privilégiés et hypothécaires ont, pour exercer leur droit, l'indemnité d'assurance; l'in-

demnité sur le locataire, le voisin. Leur droit réel s'est transporté d'un immeuble sur une créance, comme le droit réel de propriété de la femme sous la communauté s'est reporté de son immeuble propre sur l'indemnité versée par la Compagnie d'assurances. Une valeur de 100.000 francs du patrimoine de tel individu a été affectée à ses créanciers privilégiés et hypothécaires. Qu'importe que cette valeur revête la forme d'un immeuble ou d'une créance ! La seule objection que MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes adressent à cette explication, qu'ils trouveraient sans cela très plausible, consiste en ce que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques. Mais le prix qui, personne n'en doute, est subrogé à l'immeuble vendu, l'indemnité d'expropriation qui prend la place de l'immeuble exproprié, ne sont-ce pas des meubles ? Et pourtant le droit des créanciers hypothécaires, aussi bien que celui des créanciers privilégiés, se reporte bien sur ces créances, sur ces meubles. Pourquoi en serait-il autrement de l'indemnité d'assurance ou de toute autre indemnité ? Comme pour le prix, ce n'est pas le droit de suite qui est transféré sur l'indemnité d'assurance, mais bien le droit de préférence.

Cette explication nous pousserait à décider que toutes les indemnités de réparation, de rétablissement d'un bien doivent être consacrées aux titulaires de droits spéciaux sur le bien perdu. Mais la loi du 19 février 1889 ne se laisse pas oublier. Qu'a-t-elle décidé ?

C) Indemnités subrogées aux biens disparus.

Aux termes des articles 2 et 3 (1^o), ce sont les indemnités d'assurances et les indemnités dues par le locataire et le voisin, conformément aux articles 1733 et 1382 du Code civil.

1^o) Indemnités d'assurances.

L'article 2, 1^{er} alinéa, est très large à ce point de vue. Il a une formule générale : *assurances... contre les autres risques*. Il est à remarquer que toutes les indemnités de l'article 2 sont fournies à raison d'assurances concernant les biens.

Les assurances concernant la personne, les assurances sur la vie, contre les accidents ne sont pas prévues et, à juste titre, par la loi de 1889. La vie humaine ne peut en effet faire l'objet de droit privatifs. C'est pourquoi les indemnités versées à un individu titulaire d'une assurance sur la vie constituent le gage commun de ses créanciers. L'indemnité versée à un ouvrier à la suite d'un accident du travail ne fait même pas partie du droit de gage général de ses créanciers.

Cependant, peut-on dire que toutes les indemnités d'assurances concernant les biens puissent remplacer les objets meubles ou immeubles sur lesquels devaient s'exercer les droits privatifs ? Quid des assurances maritimes ? La loi de 1874 avait attribué, en cas de perte d'un navire l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés et aux créanciers inscrits. Mais

elle faisait un devoir aux assureurs d'effectuer des réquisitions d'état avant de payer. Car, aux termes de cette loi toute inscription régulièrement prise valait opposition. Ce fut cette disposition qui fit échouer la loi. Car le législateur de 1885 ne reproduisit pas ce cas de subrogation réelle. Dès lors on se demande si la loi de 1889 ne l'a pas rétabli. C'est probable à notre avis ; car la loi de 1889 est une loi de droit commun, qui régit toutes les indemnités d'assurances. Ce qui le prouve c'est l'histoire de la rédaction de son texte. Dans le projet primitif, il y avait : *Les indemnités dues par les Compagnies d'assurances contre l'incendie, la grêle, etc...* Or, le texte actuel est ainsi réglé : *Les indemnités dues par suite d'assurances, etc, etc..* ce qui englobe le cas où l'assurance ne serait pas l'œuvre des Compagnies, cas assez fréquent pour les assurances maritimes. Enfin, la raison de l'échec de la loi de 1874 ne se retrouve plus dans la loi de 1889, puisque le 2^{me} alinéa de l'article 2 décide que les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. Autant de raisons pour admettre la subrogation de l'indemnité d'assurance maritime au navire sinistré. (1).

2^o La loi dans son article 3, 1^{er} alinéa, permet aux créanciers privilégiés et hypothécaires de repor-

(1) Voyez *Annales de droit commercial français, étranger et international*. Années 1889 et 1890. Tomes 3 et 4. Articles de MM. Darras et Tabouriech.

Voyez aussi MM. Lyon-Caën et Renault: *Traité de droit commercial*, 3^{me} édition, Paris 1902. Tome VI, n^o 1668. Pages 614 et 615.

ter leur droit privatif sur l'indemnité due par le voisin et le locataire.

Un locataire incendie la maison qui lui était confiée, ou un individu communique le feu aux bâtiments de son voisin. Le propriétaire de la maison incendiée a un recours à exercer contre son locataire, aux termes de l'article 1733 ou contre son voisin suivant l'article 1382. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires sur l'immeuble de ce propriétaire exerceront leur droit sur l'indemnité due par le locataire ou le voisin, indemnité qui a pris la place de la maison incendiée. Voici les deux cas de subrogation prévus par l'article 3, 1^{er} alinéa. Dans le silence de la loi, les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires vont-ils se reporter de l'immeuble qui a péri sur l'indemnité due par un tiers qui n'est pas le voisin, sur l'indemnité due par l'architecte aux termes de l'article 1792 du Code civil.

La raison de douter provient de ce que nous sommes ici dans la matière des privilèges et des hypothèques, qui est essentiellement de droit étroit. Cependant il nous semble possible d'étendre l'application de la subrogation réelle à ces deux cas. On dit : pas de privilège sans texte. Mais il y a un texte. C'est l'article 3 de la loi de 1839 qui reporte le privilège sur l'indemnité qui remplace le bien sur lequel la loi avait conféré un privilège. La loi de 1889 ne pouvait prévoir tous les cas d'indemnité, puisqu'elle agissait par voies d'espèces au lieu d'adopter une formule générale. Elle s'est contentée d'exemples : C'est bien le rôle de l'interprète de la compléter en

se maintenant rigoureusement dans l'esprit de la loi. D'ailleurs, peut-on dire que les indemnités dues à raison de dommages causés à un objet soient des biens franchement nouveaux? Non, ce sont des suites, des prolongements du bien ancien qui a péri (1). Il y a, ce me semble, une différence entre transporter un privilège ou une hypothèque de l'immeuble A sur l'immeuble B et permettre à ces mêmes droits de s'exercer sur l'indemnité représentative de ce bien. Le texte nous semble assez large pour se laisser interpréter par la jurisprudence, sans être obligé d'avoir recours à la dépense d'une loi. Quoi! le voisin serait responsable en vertu de l'article 1382 et non pas un tiers. Quelle raison de cette différence! Je mets au défi d'en trouver de plausible. Ne pas admettre la généralisation de ce texte, c'est par contre être obligé d'avouer que le législateur a eu une conduite arbitraire ou inattentive. Ce serait

(1) Le Code civil allemand connaît ce phénomène en d'autres matières quand, par exemple, il parle de droits faisant partie du bien réservé, du bien d'apport. Par cette formule générale, il entend donner la qualité de bien réservé, de bien d'apport, de bien de communauté, aux augmentations du fonds, à la partie du trésor qui appartient au propriétaire, enfin, ce qui est plus intéressant pour nous, à la somme d'argent qui est acquise par la satisfaction, l'exécution d'une créance. Il nous semble nécessaire toutefois de faire observer que cette interprétation voile le phénomène de la subrogation réelle. Si l'indemnité de réparation du dommage est la suite nécessaire, l'émanation du bien qui a disparu, il n'y a plus changement de biens, mais continuation de l'ancien bien. Il y aurait une sorte de subrogation diminuée.

lui faire dire. J'ai admis la subrogation dans un cas et non dans tel autre, parce que tel est mon bon plaisir. Qu'il est plus rassurant et plus simple de tolérer l'interprétation extensive ! Et surtout que l'on aille pas clamer contre la hardiesse de la jurisprudence. Ce serait oublier que, dans une matière d'interprétation tout aussi restrictive, le régime dotal, nos magistrats n'ont pas seulement suppléé au droit écrit, mais l'ont bel et bien combattu en le tournant, en rétablissant la dotalité où le législateur l'avait manifestement supprimée. Toutes ces raisons militent en faveur d'une interprétation large parce que raisonnée de l'article 3.

Cependant, il est bon de faire remarquer que nos tribunaux, considérant la subrogation réelle comme une fiction, maintiendraient probablement leur jurisprudence antérieure au cas d'indemnité allouée au propriétaire d'une usine non expropriée, mais démolie par ordre de l'autorité militaire. — Voyez un arrêt rapporté au D. 77. I. 97.

Nous venons de voir quelles sont les indemnités subrogées aux immeubles et meubles sur lesquels portent des privilèges et des hypothèques. Il nous faut maintenant connaître les personnes pouvant bénéficier de cette application de la subrogation réelle.

D). *Personnes pouvant demander l'attribution privilégiée des indemnités dues à raison de la chose grevée.*

La loi de 1889 contient une formule très ample.

Article 2, 1^{er} alinéa : *Les indemnités... sont attribuées aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang.*

Pour les créanciers privilégiés généraux cette loi n'a pas d'intérêt, puisque, sans elle, ils atteindraient directement l'indemnité par leur privilège.

Cette loi par contre intéresse tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires sur des objets particuliers susceptibles d'être remplacés par une indemnité d'assurance. Ainsi, les privilèges du bailleur, du vendeur, seront reportés sur les indemnités d'assurances venant remplacer les objets mobiliers qui garnissaient le local loué ou qui avaient été vendus.

Les créanciers séparatistes bénéficient de cette application de la subrogation réelle. L'indemnité d'incendie d'un immeuble successoral reste successorale et, sur elle, les créanciers du défunt seront préférés aux créanciers de l'héritier.

Cette loi profite au propriétaire bailleur, qui sera préféré aux autres créanciers de son locataire sur l'indemnité d'assurance due par la Compagnie du sous-locataire, à raison de la perte du mobilier de celui-ci, gage du locataire son bailleur (article 1753). Elle avantage aussi les ouvriers qui bénéficieront de l'indemnité due par une compagnie d'assurances à un propriétaire pour le compte de qui ils ont travaillé, et ceci de préférence aux autres créanciers de l'entrepreneur (article 1798).

Si la loi de 1889 procure aussi certains avantages au Trésor, elle peut parfois lui nuire. Témoin l'exemple suivant : l'Etat a un privilège sur les

immeubles de ses comptables, acquis à titre onéreux depuis leur nomination. Mais il a aussi deux garanties qui nous intéressent ici spécialement. Il a un privilège général sur tous les biens meubles de ses comptables. Il a encore une hypothèque légale sur leurs immeubles acquis à titre onéreux avant leur nomination, et à titre gratuit depuis leur nomination. Avant la loi de 1889, lorsqu'un immeuble grevé de l'hypothèque légale du trésor et d'une hypothèque légale qui lui était préférable venait à être incendié, il n'y avait pas transport de ces deux hypothèques légales sur l'indemnité d'assurance. Peu importait à l'Etat, qui s'emparait de l'indemnité en vertu de son privilège général sur les meubles. Seul l'autre créancier à hypothèque légale préférable à celle de l'Etat y perdait. Mais depuis cette loi, comme la subrogation réelle s'applique ici, le créancier, qui a une hypothèque préférable à celle du Trésor, sera payé avant lui. Désormais, c'est l'Etat qui y perd. Il y a de ces combinaisons juridiques qui sont de nature à dérouter l'esprit du législateur.

Même de simples créanciers chirographaires, les créanciers d'un navire, d'un fonds de commerce, peuvent avoir à utiliser la loi de 1889. Ces créanciers ont un droit de suite : un fonds de commerce est vendu sans l'accomplissement des formalités destinées à faire naître les oppositions. Il périt entre les mains de l'acquéreur qui était assuré. Les créanciers chirographaires du premier propriétaire, ayant conservé leur droit de suite viendront toucher

l'indemnité d'assurance de préférence aux créanciers du propriétaire le plus récent.

Enfin, si les droits réels d'hypothèque et les privilèges se reportent de l'immeuble incendié sur l'indemnité qui le remplace, *a fortiori* doit-il en être ainsi de l'usufruit qui est un droit réel d'un ordre plus élevé que les hypothèques et les privilèges.

E) *Mais à quelles conditions les créanciers privilégiés et hypothécaires vont-ils bénéficier du report de leur droit de l'immeuble sinistré sur l'indemnité qui le remplace ? A quelles conditions la subrogation réelle est-elle subordonnée ?*

Il faut et il suffit que les créanciers privilégiés ou hypothécaires soient connus de l'assureur. Mais doivent-ils avertir les Compagnies d'assurance ? Les créanciers privilégiés qui ne sont pas tenus de se faire inscrire, le doivent certainement. Mais les créanciers privilégiés, et hypothécaires inscrits ont-ils à se faire connaître de l'assureur ? Celui-ci n'aurait qu'à requérir un état d'inscriptions pour savoir à qui il doit payer ; système simple qu'avait adopté la loi de 1874 sur l'hypothèque maritime, mais qui souleva de véhémentes protestations de la part des Compagnies. Aussi, avec la loi de 1889, ont-elles obtenu un rôle purement passif. Désormais les Compagnies d'assurances n'ont pas d'état à requérir. Elles n'ont qu'à attendre que les tiers les préviennent de leur privilège, hypothèque sur tel ou tel immeuble. S'ils ne se sont pas fait connaître, tant pis pour eux si l'assureur paie entre les mains de

leur débiteur. Article 2 *in fine* : *Néanmoins les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables*. Cette opposition peut être faite en une forme quelconque, par exploit d'huissier, lettre recommandée, simple lettre, même verbalement (sauf à pouvoir le prouver). Cassation, 15 janvier 1901. D. 01. I. 103.

L'opposition est habituellement faite d'avance. Mais le propriétaire peut changer. Or, les Compagnies classent leurs polices d'après le nom des propriétaires. Et il serait prudent de les prévenir à nouveau. Autrement, il se pourrait peut-être, si elles paient à tort, qu'on les considère comme ayant agi de bonne foi.

Le débiteur pourrait-il céder l'indemnité due par l'assureur, ou par le locataire ou voisin à un tiers ? Non, l'article 4 nous sert d'argument. Il valide ces cessions éventuelles comme mesures transitoires. Donc une fois cette période passée, ces cessions éventuelles ne pourraient plus se faire. C'est à la subrogation réelle de s'effectuer.

Nous venons de voir que la première partie de la loi du 19 février 1889 permettait aux créanciers privilégiés et hypothécaires de reporter leur droit des biens et objets perdus sur l'indemnité de réparation.

Appendice. — Mais cette loi a un deuxième objet susceptible de nous intéresser. Dans son article 3, 2^e alinéa, elle décide qu'en cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants-

droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, aient été désintéressés des conséquences du sinistre. En d'autres termes, l'indemnité due au locataire ou au voisin par l'assureur, prend-elle la place de l'immeuble dont la perte provient de la faute du locataire ou du voisin ? Avant la loi de 1889, le propriétaire ou le voisin qui venaient de perdre un de leurs immeubles voyaient les créanciers chirographaires du locataire améliorer leur situation à leurs dépens. Une valeur nouvelle entraînait dans le patrimoine de leur débiteur et augmentait leur marc le franc, tandis que le propriétaire qui était cause de la naissance de cette créance dans le patrimoine de son locataire devait se contenter de toucher une part contributoire dérisoire. De même un propriétaire, dont l'immeuble avait péri par la faute d'un de ses voisins, voyait les créanciers de ce dernier s'enrichir à ses dépens. Situation intolérable à laquelle remédia la loi de 1889. Mais elle ne le fit pas franchement ; elle ne décida pas que le droit de propriété se reporterait de l'immeuble perdu sur l'indemnité due par l'assureur. Elle ne semble pas avoir fait intervenir directement la théorie de la subrogation réelle. Le législateur de 1889 s'est contenté de rendre la créance sur l'assureur indisponible, tant que le propriétaire ne serait pas désintéressé : système hybride qui aboutit à la création au profit de l'ancien propriétaire d'une sorte de privilège sur la créance de l'assuré contre l'assureur.

Aussi, la majorité des auteurs interprète-t-elle restrictivement cette partie de la loi de 1889. Voyez un arrêt de la Cour de Lyon du 25 février 1892, D. 92. II. 393. Cet arrêt avait non seulement attribué au propriétaire l'indemnité due par l'assureur au locataire à raison de son risque locatif, mais avait également soumis à son pouvoir l'indemnité due au locataire à raison de la perte de son mobilier et de ses marchandises. M. PLANIOL critique assez vivement la Cour de Lyon. Il dit : *La loi de 1889, article 3 (2^e alinéa) accorde sans doute une garantie très énergique au propriétaire ; mais cette garantie est limitée.* Car la loi ne parle que de l'assurance du risque locatif et de l'assurance contre le recours du voisin. Elle n'attribue au propriétaire que les indemnités représentatives de la valeur des propriétés immobilières appartenant au bailleur, dont le locataire est responsable quand un incendie arrive par sa faute. L'arrêt aurait étendu abusivement, au dire de M. Planiol, la disposition de la loi d'un genre d'assurance à l'autre. L'alinéa 2 de l'article 3 est le seul passage de la loi écrit dans l'intérêt du propriétaire. Sans doute, il y a d'autres dispositions de cette loi, qui concernent l'attribution d'indemnités d'assurance. Mais elles ont été introduites dans l'intérêt des créanciers du propriétaire, munis de privilèges et d'hypothèques, et ont pour but de transporter à ces créanciers les indemnités de toutes sortes (1) dues au propriétaire, à raison de la perte de sa chose.

(1) Si on admet l'opinion dont il a été parlé ci-dessus. •

En d'autres termes, le propriétaire ne devait pas toucher l'indemnité due à son locataire à raison de la perte d'objets mobiliers appartenant à celui-ci.

Quelque grande que soit l'autorité de l'illustre jurisconsulte, nous demandons craintivement à éclaircir un point. Sans doute, ce n'est pas en qualité de propriétaire que le bailleur prétendait à l'indemnité due à son locataire à raison de la perte des objets mobiliers. Mais c'est sa qualité de bailleur, de créancier privilégié qu'il invoquait. C'est l'article 2 de la loi de 1889 qu'il utilisait. Et que l'on n'aille pas dire que le bail étant résolu le propriétaire ne pouvait plus invoquer sa qualité de bailleur. Car le privilège du bailleur garantit toutes les créances nées à raison du bail, créances de restitution (c'était le cas ici) de l'immeuble loué aussi bien que créances du loyer. Et c'est ainsi que le propriétaire se portant créancier privilégié à raison de la restitution de son immeuble, la Cour put lui accorder, comme elle l'aurait fait pour tout créancier privilégié, l'indemnité d'assurance due au locataire à raison des objets mobiliers perdus, qui constituaient le gage du propriétaire bailleur, créancier privilégié.

CHAPITRE IV

Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation de la qualité d'effet successoral.

Dans certains cas, il a paru intéressant de maintenir le principe de l'effet déclaratif du partage sur des biens qui ne faisaient pas partie de la masse successorale, mais qui sont venus prendre la place d'objets compris dans cette masse. Voici un exemple : Un immeuble successoral est licité. L'adjudicataire se trouve être un étranger ; et le prix d'adjudication est attribué dans le partage à un seul des cohéritiers. Peut-on dire que seul celui-ci est réputé vendeur de l'immeuble ? Peut-on soutenir que l'adjudicataire étranger est censé n'avoir jamais eu pour auteurs les autres cohéritiers ? Si oui, seuls les droits réels et hypothèques conférés par l'héritier attributaire de

la totalité du prix d'adjudication subsisteront, et les droits réels nés du chef des autres héritiers s'évanouiront.

Pour employer un langage plus adéquat à notre sujet, le prix d'adjudication est-il subrogé à l'immeuble vendu? Est-ce un effet successoral, de sorte que l'attribution qui en sera faite réagira rétroactivement sur la validité des droits réels qui ont été conférés sur l'immeuble et qui se reportent sur le prix d'adjudication?

Sur cette question notre jurisprudence varia beaucoup. La Cour de cassation admit d'abord la subrogation du prix d'adjudication à l'immeuble et consentit à ce que l'acquéreur n'ait à supporter que les droits réels nés du chef de l'héritier à qui serait attribué le prix d'adjudication. Voyez un arrêt de la Cour de cassation rapporté au D. 1881. I. 409. Mais en 1887 elle repoussa ce système en décidant que le prix d'adjudication se divise de plein droit entre tous les cohéritiers comme toutes les autres créances, conformément à l'article 1220. Par suite, l'acquéreur devait souffrir les droits réels et autres droits conférés par tous les cohéritiers. Cassation 14 décembre 1887. D.88. I. 385. S.89. I. 193. Cependant les Cours d'appel ne se rallièrent pas à cette manière de voir. Voyez un arrêt de la Cour d'Orléans, du 25 juillet 1890. D. 91. II. 238. Voyez aussi une décision de la Cour de Dijon, du 2 décembre 1903. D. 05. II. 27. Enfin un arrêt de la Cour de Lyon, du 29 mars 1905, soutint que l'hypothèque conférée par un cohéritier est transférée sur le prix d'adjudication, mais seule-

ment sur la part du prix revenant au colicitant d'après le partage. Car, dit-elle, on ne peut appliquer l'article 1220 qui ne vise que les obligations nées avant l'ouverture de la succession. La dissidence entre la Cour de cassation et les Cours d'appel menaçait de s'éterniser, lorsque la Cour suprême revint à sa première jurisprudence.

Déjà en 1900, on vit s'esquisser une tendance à admettre de nouveau la subrogation réelle. Un arrêt du 18 juin 1900. D. 06. I. 41, décréta que l'article 883 ne s'appliquait pas à l'adjudication au profit d'un étranger quelle que soit l'attribution ultérieure du prix et que, par conséquent, les droits réels subsistaient. Mais, dit-il, il en est autrement si, par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidés tous leurs droits et fixé leurs parts y compris celles leur revenant dans le prix d'adjudication à provenir de l'immeuble qui doit être licité. En ce cas, l'adjudicataire ne doit supporter les droits réels de chaque cohéritier que dans la mesure édictée par le partage antérieur à la licitation. — Remarquons avec M. Ambroise Colin qu'il était bizarre que le sort des hypothèques dépende d'un fait aussi contingent que la date de l'attribution du prix.

Aussi la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 décembre 1907. S. 08. I. 5, revint-elle nettement à sa jurisprudence antérieure à 1887 et admit que la créance du prix d'adjudication est soumise au partage, qu'en conséquence, si l'un des copartageants effectue un prélèvement, le cohéritier qui était débiteur de

rapport, ne peut pas invoquer l'article 1220 et que ses créanciers chirographaires et hypothécaires ne peuvent pas, soit concourir, soit être privilégiés sur ce prix d'adjudication. En d'autres termes, on doit s'en tenir au prélèvement qui est une opération de partage et admettre que l'immeuble, c'est-à-dire, le prix d'adjudication, son substitut, est censé avoir toujours appartenu au cohéritier qui avait droit au prélèvement.

Mais la Cour de cassation alla plus loin. Le 12 janvier 1909. D. 10. I. 33, elle rappella d'abord le principe suivant : *L'hypothèque constituée durant l'indivision par un des cohéritiers étant non avenue, lorsque l'immeuble n'est pas mis dans le lot du constituant ou échoit sur licitation à un autre héritier, le créancier reste alors simplement chirographaire, est donc forcé de subir l'exercice du privilège de copartageant cédé par le débiteur à une autre personne et inscrit conformément à l'article 2109 du Code civil.* Puis la Cour suprême décida que *l'application de ces principes ne comporte aucune exception dans le cas où l'immeuble indivis a été hypothéqué par les deux copropriétaires pour sûreté d'une dette contractée solidairement.* Pourtant, le créancier hypothécaire qui avait exigé l'engagement solidaire des deux seuls copropriétaires de l'immeuble à lui hypothéqué, semblait bien avoir été d'une grande prudence. Cependant, au dire de la Cour de cassation, il n'en était rien : *Les renonciations (le créancier pouvait, semble-t-il, escompter que son débiteur avait renoncé à user de son privilège de copartageant indirecte-*

ment par cession à une tierce¹ personne) ne se présumant pas, dit-elle, et l'intervention du copropriétaire non attributaire peut s'expliquer par la constitution de l'hypothèque qu'il a lui même consentie.

En cet état de la législation et de la jurisprudence, il y avait deux moyens pour le créancier d'éviter les conséquences du transport de l'effet déclaratif de l'immeuble au prix d'adjudication. Le premier était de stipuler soit la cession du privilège de copartageant pouvant appartenir éventuellement au débiteur, soit la cession de la créance garantie par le privilège, c'est-à-dire de la soulte. Les notaires connaissent bien cette pratique dans la clause de l'acte d'obligation intitulée : *Interdiction de procéder à partage et cession éventuelle de soulte*. Le deuxième procédé était, par une convention antérieure à l'acte d'obligation hypothécaire, de faire fixer la part de chaque copropriétaire dans le prix d'adjudication ; car dans la mesure fixée par la convention qui a fait cesser l'indivision pour le prix d'adjudication, chacune des parties, avait pu valablement, hypothéquer l'immeuble.

Mais le créancier qui n'avait pas employé l'un ou l'autre de ces deux procédés, voyait sa sécurité compromise, même eût-il exigé l'engagement solidaire des copropriétaires de l'immeuble qui lui était hypothéqué. C'était exagérer le principe de l'effet déclaratif du partage. Le législateur en jugea ainsi. C'est pourquoi, par une loi du 31 décembre 1910, il modifia l'article 2125 du Code civil actuellement ainsi rédigé : *Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu*

par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision, sauf en ce qui concerne l'hypothèque consentie par tous les copropriétaires d'un immeuble indivis, laquelle conservera exceptionnellement son effet, quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation ou partage (Loi du 31 décembre 1910).

Dans cette mesure le législateur mit de côté l'effet déclaratif du partage. Par conséquent, l'hypothèque constituée par celui des copropriétaires qui n'est pas resté adjudicataire de l'immeuble indivis, ou qui n'a pas été attributaire du prix d'adjudication (s'il est vendu à un étranger), subsiste intégralement et se reporte sur ce prix. Il n'y a donc plus transport de l'effet déclaratif de l'immeuble au prix d'adjudication. La subrogation réelle est ainsi mise de côté.

L'intérêt de ce chapitre subsiste pourtant dans le cas où l'hypothèque n'aurait pas été consentie par tous les copropriétaires de l'immeuble indivis, au cas où ils auraient conféré séparément des hypothèques à des créanciers différents. En cette occurrence qu'un étranger soit adjudicataire de l'immeuble autrefois indivis, que le prix soit attribué en totalité à l'un des cohéritiers et aussitôt seules les hypothèques conférées par l'attributaire du prix conserveront leurs effets. Le rôle de la subrogation réelle, le transfert de la qualité d'effet successoral avec ses conséquences, réapparaît alors.

CHAPITRE V

Cas où la subrogation réelle a pour but d'éviter l'enrichissement sans cause.

Le but poursuivi ici par la subrogation réelle est d'obtenir la restitution de tel ou tel bien, qu'il ne serait pas équitable de voir figurer dans le patrimoine d'un individu qui n'a aucun droit à le conserver. Pour aboutir à ce résultat, on donne à un bien une qualification différente de celle que révèle l'opération juridique qui vient de s'effectuer. C'est, par exemple, un bien qu'un envoyé en possession vient d'acheter. On lui donnera la qualité de bien faisant partie du patrimoine de l'absent. Ce phénomène de restitution de biens, qui représentent une valeur originaire de tel patrimoine, se montre surtout dans les cas suivants (1).

(1) Fréquemment une question de restitution se greffe sur celle d'affectation d'une valeur à un but déterminé. Si l'on

SECTION I

RAPPORT A SUCCESSION

Un père donne à un de ses enfants un immeuble en avancement d'hoirie. Lors de l'ouverture de sa succession et, pour maintenir l'égalité du partage, l'immeuble donné doit être rapporté à la masse. Mais dans l'intervalle qui sépare la donation du décès du père l'immeuble a été exproprié pour cause d'utilité publique, ou bien (cas plus fréquent et plus discuté) l'immeuble a été incendié. On admet que l'héritier avantagé rapporte à la succession le montant de l'indemnité d'expropriation, comme il aurait rapporté le prix de l'immeuble s'il l'avait vendu. Mais lorsqu'il s'agit de faire rapporter l'indemnité d'assurance à la place de l'immeuble sinistré, le désaccord apparaît. La majorité des auteurs soutient que l'héritier n'est pas tenu de rapporter l'indemnité qu'il a touchée de la Compagnie d'assurances. Car c'est lui qui a payé les primes, qui a eu les charges du contrat. C'est lui qui doit en avoir le bénéfice. L'indemnité représente les primes qu'il a prélevées sur ses fonds personnels.

donne à un bien la qualification de bien de fondation, c'est parfois autant pour obtenir le retour, la restitution du bien aux héritiers du sang, que pour maintenir une valeur à telle affectation. Un double motif attire, provoque l'application de la subrogation réelle.

Il nous semble qu'il y a là une erreur : les primes ne sont pas prises sur les deniers personnels de l'héritier. Ce sont les charges correspondantes à la jouissance, aux revenus. D'autre part, l'indemnité d'assurance ne représente pas les primes. (Elle ne les représente que si l'on se place au point de vue de la Compagnie d'assurances). Si l'on considère le point de vue de la personne assurée, l'indemnité est la représentation du dommage subi, de la perte de l'immeuble. C'est le bien lui-même qui réapparaît sous une forme nouvelle dans le patrimoine de l'héritier. Il serait injuste de lui permettre de conserver cette valeur qui ne provient pas de son travail, mais bien de la générosité paternelle. Les autres enfants, dans notre système de législation du partage égal, doivent bénéficier dans une égale mesure des biens de leurs parents. L'équilibre serait rompu, si l'on ne faisait pas rapporter l'indemnité d'assurances. Il est probable que la jurisprudence finira par admettre ce mode de raisonnement qui correspond à la conception actuelle : considérer les biens non pas en eux-mêmes, mais sous l'angle de la valeur qu'ils représentent.

Il nous semble aussi que, pour la même raison, l'indemnité d'assurances représentative d'un immeuble, objet d'une libéralité soumise à réduction, doit être réduite comme l'aurait été le bien qu'elle a remplacé.

SECTION II

RESTITUTION DES BIENS FAISANT PARTIE DE L'HÉRÉDITÉ PAR L'HÉRITIER APPARENT

L'individu qui détient une succession, alors qu'un ayant droit d'un ordre préférable se présente, doit restituer les biens faisant partie de cette hérédité. Mais il a pu rester longtemps en possession et accomplir non seulement des actes d'administration, mais aussi des actes de disposition. Il a pu aliéner des biens de l'hérédité et acquérir d'autres biens. Sur ces entrefaites se présente le véritable ayant droit. Quelles seront les restitutions à faire par l'héritier apparent ? Il rendra les biens de la succession qu'il possède encore. Mais que décider au sujet des aliénations, au sujet des biens acquis par l'héritier apparent avec les deniers provenant des biens de succession. Si le prix de vente du bien héréditaire est encore dû, ce prix est subrogé au bien vendu et l'héritier véritable touchera directement de l'acquéreur. De même l'héritier véritable reprendra le prix qui a été stipulé payable sous forme de rente. Mais le prix a été payé, s'est confondu avec les autres biens de l'héritier apparent, ou il a été remployé en acquisitions d'autres meubles ou immeubles. Et le successible, qui se croyait propriétaire (1) n'a pas

(1) Remarquons que les règles sur la bonne ou la mauvaise foi du possesseur, dans le détail desquelles nous n'avons

spécifié pour qui il acquérait. On ignore pour qui l'acquisition a été effectuée. Est-ce pour l'héritier apparent ou l'héritier véritable? Les créanciers du premier ont tout intérêt à ce que l'achat par exemple ait été passé au nom de leur débiteur. En général, peu importe l'origine des deniers. Le bien appartient à celui qui a pris le titre d'acheteur. Or ici, c'est toujours l'héritier apparent qui s'est posé comme acheteur. Cependant on peut le considérer comme une sorte de gérant d'affaires de l'héritier véritable. Aussi peut-on déclarer que c'est celui-ci qui est propriétaire des biens acquis en emploi des deniers provenant de la vente d'objets héréditaires. Encore faut-il qu'il puisse démontrer l'origine des deniers, la filiation de l'acquisition. Ce sera facile dans l'échange où cette filiation ressort de l'opération elle-même. Ce sera plus délicat dans l'achat. Mais tous les moyens de preuve, les moyens normaux, y compris la preuve testimoniale et par présomptions, seront admis, exception faite de la preuve par commune renommée qui est d'ordre exceptionnel et plutôt considérée par la loi comme une peine. Il était impossible d'exiger la déclaration d'emploi; ç'aurait été écarter l'application de la subrogation réelle, puisque l'héritier apparent, croyant être à la tête de ses biens ne pensera jamais à faire une pareille stipulation.

pas à entrer, rendent en droit français comme en droit romain, moins claire et moins nette l'application de la subrogation réelle.

Si l'héritier véritable ne peut faire la preuve de l'origine des deniers, de l'origine du bien, il ne bénéficiera pas des avantages de la subrogation réelle, du transfert du droit réel de propriété d'un bien sur un autre bien ; il ne se présentera que comme un simple créancier de l'enrichissement procuré à l'héritier apparent, et subira le concours des autres créanciers chirographaires de l'héritier apparent.

SECTION III

ABSENCE

Les restitutions après le retour de l'absent présentent de nombreuses analogies avec celles après la découverte d'un héritier préférable. Dans les deux cas, il s'agit d'un ensemble de biens à restituer. Ici, à la différence de l'hypothèse précédente, nous avons un texte, l'article 132 du Code civil :

Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.

De nombreux systèmes ont éclos à ce sujet. Les uns admettent que l'envoyé en possession définitive a le choix de rendre ou le prix ou les biens acquis en emploi. Inutile de dire qu'il optera pour le prix, si l'acquisition a été avantageuse et l'absent sera sacrifié. D'autres donnent le choix à l'absent, Mais alors,

c'est l'envoyé en possession qui en pâtira. Ces deux systèmes écartent la subrogation réelle. L'option, l'alternative sont l'antithèse de notre théorie. A notre avis, le législateur, dans l'article 132, a voulu subroger le prix à l'objet vendu de l'absent. Si ce prix se perd, tant pis pour l'absent de retour ; l'envoyé en possession sera déchargé, comme il l'aurait été, de la restitution du bien qui se serait perdu. Le Code civil a aussi prévu le cas où le prix des biens vendus aurait été remployé et il décide que le bien de remploi sera la propriété de l'absent. Mais, hélas ! quel laconisme ! A quelles conditions le bien de remploi pourra-t-il être revendiqué par l'absent de retour ? Notre Code évite de nous le dire. Il est probable, dit-on, que l'envoyé en possession doit faire une double déclaration d'origine des deniers et d'emploi, manifester son intention d'acquérir pour le compte de l'absent. Il est administrateur à très larges pouvoirs, il est vrai, mais administrateur quand même des biens de l'absent. Et connaissant sa situation d'administrateur, s'il est prévoyant, il a pu prévoir une restitution éventuelle. Aussi a-t-il pu vouloir, par le remploi régulièrement effectué, préparer cette restitution.

Enfin, il y a une notable différence entre l'envoyé en possession et l'héritier apparent. Celui-ci, pensant qu'il est propriétaire en vertu de la dévolution successorale, ne prendra jamais la peine de faire la double déclaration qui s'impose ordinairement à un administrateur, pour écarter toute équivoque. Mais ici l'envoyé en possession, en même temps qu'il a

les pouvoirs du propriétaire, est aussi un administrateur des biens de l'absent, peut-être exposé à des restitutions. Connaissant sa situation et afin d'éviter plus tard toute espèce d'ennuis, il est possible qu'il ait fait dans l'acte d'acquisition la double déclaration d'emploi.

Mais, à l'encontre de cette opinion, on affirme que l'envoyé en possession définitive peut aliéner, même aliéner à titre gratuit. Dès lors, il ne doit pas se soucier d'une restitution éventuelle et, par suite, il sera très rare que, dans l'acte d'acquisition, il ait introduit la déclaration d'emploi et celle d'origine des deniers. L'article 132 ne parle pas d'ailleurs de formalités analogues à celles prévues dans les articles 1434 et 1435 du Code civil. De plus, lorsque l'envoyé en possession a une somme disponible provenant de la vente d'un bien de l'absent, n'est-il pas naturel de présumer que, par la première acquisition, il a voulu remployer cette somme. La règle que le bien est la propriété de celui qui l'a acquis souffre donc ici une exception ou plutôt s'applique, mais si l'on tient compte de ce que l'absent de retour a été représenté au moment de l'acquisition par l'envoyé en possession. Aussi l'absent doit-il se contenter de l'acquisition réalisée par son mandataire supposé. Le bien de remploi est subrogé à l'ancien et l'envoyé en possession, par le fait de cette subrogation, est libéré de tout compte envers l'absent.

Cependant pour que se produise cette substitution d'un bien à un autre, il faut que l'absent, et, à notre avis, c'est là l'essentiel, puisse prouver l'origine du

bien. Il le fera assez facilement, si c'est un échange; car la preuve ressort de l'acte lui-même. Si c'est un achat, il se peut que l'acte contienne quelques indications sur l'origine des deniers qui ont servi de prix. Sinon, il nous semble que le juge pourra tenir compte d'un ensemble de circonstances, de présomptions, comme pour la subrogation dans les biens réservés; cet exemple de subrogation introduit en 1907 nous prouve que toutes les fois que le législateur parle d'emploi, il n'exige pas la double déclaration, mais demande seulement qu'on lui justifie de l'origine des deniers qui ont servi à acquérir le bien nouveau. Une grande sévérité à cet égard conduirait à écarter presque toujours l'application de l'article 132.

Remarquons pour terminer que la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer jusqu'alors sur ce point. Car l'envoi en possession définitif suppose : 1^o l'écoulement d'un délai de trente ans depuis la déclaration d'absence, et 2^o le retour de l'absent après ce long laps de temps; ensemble de circonstances qui sera rarement réalisé.

Ce qu'il y a d'intéressant à constater en cas d'absence et au cas de restitution de l'hérédité, comme d'ailleurs dans tous les cas de subrogation réelle, c'est l'effet réel produit, par ce procédé juridique : L'héritier apparent, l'envoyé en possession ne sont pas soumis à une simple obligation de livrer. Mais la propriété des biens nouvellement acquis passe directement à l'héritier véritable, à l'absent de retour, ce qui présente un intérêt considérable si

le possesseur ou l'envoyé en possession tombe en faillite.

Il y a encore d'autres cas de subrogation réelle qui ont pour objet d'assurer la restitution de biens. C'est l'hypothèse prévue dans l'article 771 du Code civil : *L'époux survivant est tenu de faire emploi du mobilier pour en assurer la restitution*. C'est aussi le cas de toutes les obligations d'emploi ou de remploi imposées au tuteur et qui doivent être surveillées par le subrogé tuteur. Par ce procédé, en transférant la qualité de bien de mineur, on assure à ce dernier la conservation et la restitution de ses biens.

Mais nous avons hâte d'arriver à un des cas de subrogation réelle des plus importants, mais aussi des plus contestés.

SECTION IV

DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LES SUCCESSIONS ANOMALES ET DANS LES DROITS DE RETOUR LÉGAUX OU CONVENTIONNELS.

Les articles 747, 766 et 351 du Code civil instituent plusieurs cas de succession anormale. On entend par cette expression, la dévolution de certains biens qui sont attribués à un héritier déterminé, de préférence aux autres, à raison de leur provenance. Jouissent de ce bénéfice, les ascendants sur les biens par eux donnés à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, l'adoptant sur les

biens par lui donnés à l'adopté et aux descendants de l'adopté décédés sans postérité, les descendants de l'adopté sur les biens donnés par l'adoptant à l'adopté décédé sans descendants légitimes, enfin les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel sur les biens à lui donnés par leur auteur commun.

Ces quatre cas de succession anormale suivent les mêmes règles. Pour que s'ouvre cette dévolution spéciale, il faut que les biens donnés se retrouvent en nature. Cependant, si les objets donnés ont été aliénés, le droit de retour pourra aussi s'exercer sur le prix qui peut être dû et sur l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. Ces exceptions à la règle générale, qui exige que les biens donnés se retrouvent en nature, ont été l'occasion de nombreuses difficultés d'interprétation.

Dans un premier système que soutint Malleville et qui fut consacré par un jugement du tribunal de Verviers, du 11 mars 1880, on admit que les mots *en nature* devaient s'interpréter très largement. Le droit de retour ne devait donc disparaître que si la chose donnée avait péri dans les mains du donataire ou avait été dissipée par lui sans emploi utile. L'ascendant donateur n'avait pas à prouver la filiation du bien qu'il voulait reprendre. Il exerçait sur la masse son droit de retour dans la mesure où elle se trouvait encore enrichie, jusqu'à concurrence de la valeur encore existante des biens par lui donnés. Cette opinion, qui ne tient aucun compte des termes de l'article 747, est aujourd'hui complètement aban-

donnée. Deux théories restent encore en présence à l'heure actuelle.

Nous passerons rapidement sur la première, qui ne nous intéresse que d'une manière très lointaine. Cette opinion, dont le promoteur fut Demolombe⁽¹⁾, est encore soutenue par MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl. A leur avis, les objets donnés, disent les articles 747, 766 et 351, doivent se retrouver en nature dans leur identique individualité. Il ne peut être ici question de subrogation : L'article 747 ne pouvait exiger, d'une part, que la chose se retrouve en nature et admettre d'autre part, d'une manière générale, que l'ascendant puisse succéder à une chose tout autre que celle par lui donnée, parce que cette chose en serait la représentation. L'inconséquence serait flagrante. Si l'article 747 permet de reprendre le prix qui est encore dû, c'est que l'aliénation n'est pas encore définitive. Par l'action en résolution le donataire ou ses ayants cause peuvent reprendre l'objet donné, vendu, qui, grâce à l'exercice de cette action, va se retrouver en nature dans son patrimoine. Quid si le vendeur a renoncé à exercer l'action en résolution ? L'aliénation est bien définitive ; l'objet donné ne se retrouvera jamais en nature et cependant le droit de retour s'exercera sur le prix encore dû. A cela on répond : que la loi n'a fait que prévoir l'hypothèse normale et qu'en général le vendeur conserve son privilège et son action résolutoire tant que le prix

(1) DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, Tome XIII, Page 580, Edition de 1875.

n'est pas payé. De même on peut répéter ce raisonnement pour l'action en reprise, qui est un moyen de droit permettant de faire rentrer le bien donné dans le patrimoine du donataire (actions en résolution, en rescision, en nullité, en réméré, action en reprise proprement dite c'est-à-dire reprise en nature des époux, etc.). Par ce procédé le droit de retour s'exercera sur le bien donné lui-même qui ainsi se retrouve en nature. Mais on entend aussi par « *action en reprise* », l'action qu'exerce l'un des époux devenu créancier de la communauté à raison de la transmission de propriété d'un bien des époux au profit de celle-ci. Ici le bien donné a été aliéné définitivement à la communauté. Et l'époux créancier ne reprendra que la valeur du bien donné, un équivalent. Cependant, on peut soutenir que l'ascendant, en donnant une somme d'argent à l'un des époux, marié sous la communauté légale, lui a donné l'action en reprise elle-même, et le droit de retour s'exercera sur le bien donné qui n'est autre que l'action en reprise. Mais, quid si la donation de la somme d'argent est antérieure au mariage ? On ne peut plus dire que l'ascendant reprendra la chose par lui donnée. Le droit de retour s'exercera sur une chose qu'il n'a pas donnée, l'action en reprise. Aussi repousse-t-on le droit de retour en ce cas. Ainsi se montre le défaut de la cuirasse de cette opinion qui voit dans le deuxième alinéa de l'article 747 une conséquence, une explication du premier alinéa, qui ne permet au droit de retour de s'exercer que sur le bien donné lui-même.

A l'opposé se trouve la théorie jurisprudentielle,

la théorie de MM. AUBRY et RAU (1), qui voient dans la succession anormale l'application de la théorie de la subrogation réelle. Ces auteurs furent frappés de diverses contradictions de la théorie adverse : En soutenant que, si le droit de retour s'exerce sur le prix c'est que l'aliénation n'est pas définitive, on méconnaît les articles 1.138 et 1.583 du Code civil, qui rendent l'acheteur propriétaire dès que le contrat est passé. On explique aussi difficilement le droit de retour, quand le vendeur a renoncé à l'action en résolution. Enfin la théorie de DEMOLOMBE qui prétend avant tout rester fidèle au texte s'en écarte. En effet, lorsque la donation d'une somme d'argent par l'ascendant est antérieure au mariage, on n'admet pas que le droit de retour s'exerce sur l'action en reprise (2). Mais c'est se mettre en conflit avec le texte de l'article 747 lui-même, qui admet l'exercice du droit de retour sur toute action en reprise sans distinguer. Aussi la jurisprudence repoussa-t-elle l'interprétation par trop restrictive. Elle ne voulut pas attacher trop d'importance à la lettre, puisqu'aucune opinion ne permettait de la sauvegarder intégralement.

Nous voyons donc un arrêt de la Cour de Lyon du 24 avril 1871. S. 72. I. 121, motivé de la façon suivante : Pour que le droit de retour légal existe, il

(1) AUBRY et RAU. — Cours de droit Civil, Tome VI. Edition de 1869 à 1875, page 351, n° 608.

(2) Admettre le droit de retour en ce cas, c'était tomber de Charybde en Scylla, puisqu'on le faisait porter sur un bien qui n'avait pas été donné par l'ascendant.

n'est pas nécessaire que les choses données par l'ascendant se retrouvent en nature dans leur individualité indentique. Il suffit qu'il n'ait pas pu s'opérer de confusion entre les valeurs sujettes au retour légal et les autres biens du donataire, et que les valeurs trouvées dans la succession aient pour origine certaine les valeurs, objet de la donation.

Le système jurisprudentiel consiste à élargir le texte sans le rompre positivement. Le Code civil limite le droit de l'ascendant donateur aux choses par lui données qui se retrouvent en nature, ce qui signifie, au dire de la jurisprudence qu'il exige que le donateur puisse désigner individuellement les biens qui proviennent de la donation. Selon notre Code, l'objet de la donation, bien que transformé, a dû conserver parmi les autres biens du donataire, une marque, un cachet d'origine. L'expression *en nature* n'aurait qu'un but : *exclure la reprise d'une valeur quelconque*. Un fait prouve que le législateur n'attache pas d'importance à l'identité absolue de l'objet, c'est l'attribution du prix ou de l'action en reprise qu'il fait à l'ascendant. Implicitement, puisqu'il nous fournit deux cas de subrogation réelle, il doit en admettre d'autres. Il faut donc autoriser l'ascendant à reprendre ce qui se trouve sous une forme individuelle et précise, pourvu qu'aucun doute ne plane sur la transformation de valeur, sur l'origine du nouveau bien. Pourquoi empêcherait-on l'ascendant donateur d'exercer son droit de retour sur l'indemnité d'expropriation de l'immeuble par lui donné? Mais il faut que les valeurs trouvées dans la succession

aient pour origine certaine, les valeurs, objet de la donation. La jurisprudence admet ainsi que l'immeuble reçu en contre-échange de l'immeuble donné est soumis au droit de retour. Tout le monde admet que le droit de retour s'exerce sur le placement qui a été effectué au moyen des deniers donnés, si telle a été la condition de la donation. Or, la jurisprudence considère qu'en l'absence de toute condition d'emploi dans la donation, le bien acquis en emploi des deniers donnés ou en remploi du prix d'objets donnés aliénés, est sujet au droit de retour. L'arrêt de la Cour de Lyon du 24 avril 1871 déjà cité (S. 72. I. 121) opta pour le droit de l'ascendant dans les circonstances suivantes : L'ascendant avait donné une somme d'argent. Au décès du donataire, à la place de deniers comptants, il ne se trouva que des titres de rente et obligations de chemin de fer, dont on savait exactement l'origine ; la succession anormale s'ouvrit.

Cependant AUBRY et RAU n'admettent la subrogation réelle en cette matière qu'au premier degré. Ils se refusent à donner de l'efficacité aux transformations successives de l'objet donné. Peut-être serait-il préférable, une fois la filiation du bien établie, de permettre au droit de retour de s'exercer sur lui, quelles que transformations qu'il ait subies.

Nous avons vu que la subrogation réelle était admise par la jurisprudence, si les deniers donnés avaient été remployés en biens non fongibles, meubles ou immeubles.

Mais, que décider si les deniers n'ont pas été

employés? Des auteurs soutinrent que l'argent étant chose fongible, le droit de retour s'exercerait, pourvu qu'il se trouve au décès du donataire une somme équivalente à celle qui avait été donnée. Mais, semble-t-il, la fongibilité n'a rien à voir ici; elle ne concerne que l'exécution des obligations ou l'usufruit, en tous cas certaines matières de droit spécifiées par la loi. Il faudrait à notre avis, pour que la succession anormale s'ouvre, que l'ascendant puisse prouver l'origine des deniers, c'est-à-dire leur identité complète avec ceux qu'il a donnés, preuve la plupart du temps irréalisable.

Comment établir la filiation du bien revendiqué par l'ascendant? Sera-t-il nécessaire que l'acte d'acquisition contienne la double déclaration contenue dans les articles 1434 et 1435? Ceci nous paraît inutile. La preuve de l'origine des deniers pourra résulter, d'un concours de circonstances, et il appartiendra au juge d'apprécier souverainement, si la relation entre le bien donné et la nouvelle acquisition est suffisante. Exiger la double déclaration de l'origine des deniers et de l'intention de remployer dans l'acte d'acquisition, serait rendre bien illusoire le droit de retour de l'ascendant donateur sur le bien substitué au bien donné. Il sera, en effet, fort rare que le donataire pense à se conformer aux articles 1434 et 1435.

Telle est donc la théorie jurisprudentielle de la subrogation réelle en matière de successions anormales.

Il serait peut-être téméraire d'affirmer qu'elle se

conforme en tous points à l'esprit du Code civil. Il est probable que le législateur de 1804 a eu en vue une hypothèse spéciale : celle où une propriété de famille par exemple se retrouverait encore en nature dans la succession du donataire au moment de son décès. Ce serait sanglant pour l'ascendant donateur de voir passer à des étrangers un bien qui lui venait de ses ancêtres et qu'il désirait conserver le plus longtemps possible dans sa famille, alors que ce bien se trouve encore dans le patrimoine de son enfant décédé. Le même motif se retrouve si le descendant avait encore un moyen de reprendre le bien (cas de l'article 747, 2^e alinéa). Car le même regret s'emparerait de l'ascendant donateur, s'il y avait encore quelques chances de revenir sur l'aliénation. Mais une fois le bien transformé du vivant même du donataire, la résignation a dû pénétrer l'esprit de l'ascendant donateur. Protection de biens, de souvenirs familiaux, telle fut peut-être la pensée directrice du législateur de 1804. Hypothèse d'autant plus plausible que l'on attachait encore à cette époque de l'importance à la conservation des biens dans la famille (comme il est vrai que l'Idée, la Loi modifient avec peine l'évolution d'un peuple). On appréciait le bien en lui-même.

Aujourd'hui il n'en est plus ainsi : le bien n'est que façade ; l'intérêt se reporte sur la valeur qu'il représente. Ainsi s'explique le sens que notre jurisprudence attache à l'article 747. Il serait injuste de ne pas faire profiter l'ascendant donateur du bien qui a remplacé l'objet de sa donation, dans le patri-

moine du donataire; la fraude n'est pas à craindre. Pourquoi donc faire profiter les héritiers du donataire de cette augmentation du patrimoine de leur auteur, alors que le donateur peut prouver le cycle des transformations du bien dont il s'est départi? Aujourd'hui, l'ascendant donateur reprend le bien qui contient la valeur enfermée autrefois dans le bien donné. On ne va cependant pas jusqu'à permettre à l'ascendant de reprendre la valeur dont il a enrichi le patrimoine du donataire, s'il ne peut prouver en quel bien se tient cette valeur. On veut que le donateur, pour exercer son droit de retour, puisse rendre compte de la filiation du bien qu'il revendique. On exige qu'il individualise le bien, qu'il lui assigne pour précédent direct ou indirect le bien donné lui-même. Cette preuve faite, il lui sera loisible d'exercer son droit de retour sur le représentant du bien donné.

Certes, il ne faut pas s'étonner outre mesure de ce mouvement jurisprudentiel. Nous avons d'autres exemples de la hardiesse de nos tribunaux. L'article 11 du Code civil, écrit dans le but de restreindre, autant que possible, les droits privés concédés à l'étranger, est interprété aujourd'hui de telle façon que l'on aboutit à faire à l'étranger une situation des plus enviables : des droits oui, des devoirs non; question d'opportunité. (On attire l'étranger pour remédier à la diminution de nos naissances). L'article 1553 écartait, sans aucun doute, la dotalité subsidiaire de notre ancien droit. Notre jurisprudence l'introduit sous une forme nouvelle, la dot incluse.

Est-ce à dire que nos tribunaux se rangeront tous

à l'avis de la Cour de Lyon et admettront la subrogation réelle ; c'est douteux. L'article 747 contient quelques expressions qu'il faut vraiment torturer pour leur donner le sens que la jurisprudence actuelle leur attribue (1).

Les articles 747, 766 et 351 ne sont pas seuls à consacrer, dans notre législation française, un droit de retour légal. Des lois spéciales l'ont admis à diverses reprises.

Nous ne citerons pour exemple que les lois du 24 mai 1825 et du 1^{er} juillet 1901 : En cas d'extinction d'une congrégation ou maison religieuse de femme, les biens acquis par donation entre vifs ou par disposition à cause de mort feront retour aux donateurs ou à leurs parents au degré successible. Loi du 24 mai 1825, article 7. De même l'article 18 de la loi du 1^{er} juillet 1901 permet à diverses personnes de revendiquer, dans un délai de 6 mois, à dater du jugement ordonnant la liquidation d'une congrégation, certains biens donnés ou recueillis par succession *ab intestat*. A notre avis, il aurait été et il serait équitable d'admettre la théorie de la subrogation réelle en cette matière et de permettre de revendiquer le bien qui a remplacé le bien donné ou le bien recueilli par succession, à la condition, toutefois, de

(1) En législation, on pourrait admettre très largement ce droit de retour, lui permettre de s'exercer sur tous les substituts du bien donné, moyennant la preuve de l'origine des deniers ou l'établissement de la filiation du bien nouvellement acquis.

prouver l'origine du nouveau bien, preuve qui pourrait résulter d'un ensemble de circonstances ou de présomptions que le juge du fait apprécierait souverainement.

.....

Enfin, à côté du retour légal existe le retour conventionnel. C'est un père de famille qui a stipulé dans le contrat de mariage de sa fille en lui donnant par exemple un immeuble, qu'il le reprendrait si elle décédait sans postérité. De prime abord, il semble que notre théorie n'ait rien avoir ici puisque le droit de retour joue le rôle d'une condition résolutoire, puisque le donateur reprendra son bien entre les mains d'un sous-acquéreur. A quoi bon lui permettre d'exercer son droit de retour sur un autre bien que celui qu'il a donné, puisqu'il peut reprendre le bien par lui donné en quelques mains qu'il se trouve. Mais raisonner ainsi, c'est oublier qu'il existe des aliénations forcées, expropriation pour cause d'utilité publique, acquisition de mitoyenneté, destruction d'une maison par un incendie, achat d'une servitude. Le droit de retour du donateur va-t-il se reporter sur l'indemnité d'expropriation, sur le prix de l'acquisition de la mitoyenneté, de la servitude, sur l'indemnité d'assurance? Cette solution nous semble conforme à l'intention des parties. D'autre part, le bien donné devait être restitué; le donateur ne doit pas souffrir de ce qui est pour lui un cas de force majeure. Mais le droit de retour affectera-t-il le bien acquis en remploi de ces indemnités? Oui, à notre sens, mais à la condi-

tion que le donateur établisse la filiation du bien de remploi.

Nous voilà arrivé au terme de notre étude pratique de la subrogation réelle dans la législation française. Le but auquel tend notre théorie, nous l'avons déjà indiqué, est de transférer un droit réel, la plupart du temps le droit réel de propriété, d'un bien sur un autre bien. Par conséquent, le bénéficiaire de la subrogation réelle, ordinairement devenu propriétaire, profitera des chances de plus-value du nouveau bien comme il supportera aussi les risques de moins-value de ce bien.

APPENDICE : DROIT ALLEMAND

Il nous reste à donner quelques indications rapides sur la législation germanique contemporaine, sur le Code civil allemand de 1900.

Les principaux cas de subrogation réelle étudiés par le Code allemand peuvent se ranger en quatre groupes :

A) *Cas concernant les régimes matrimoniaux.*

B) *Cas ayant trait aux restitutions dues par un non ayant droit.*

C) *Cas se rapportant à la composition du patrimoine social.*

D) *Cas concernant les hypothèques.*

A) Cas de subrogation réelle dans les régimes matrimoniaux.

Des diverses règles sur le contrat de mariage en Allemagne, il ressort qu'un bien peut recevoir trois qualifications différentes : celle de bien réservé à l'administration et à la jouissance de la femme, celle de bien d'apport, celle de bien de communauté.

1^o Bien réservé. Vorbehaltsgut.

A la différence de notre législation qui ne connaît que les biens réservés en vertu de la loi, le Code civil allemand admet que des biens puissent avoir ce caractère d'après le contrat de mariage. Une fois cette qualité adoptée, la loi allemande en tolère la transmission d'une manière très large. Est bien réservé, dit l'article 1370 du Code civil allemand : *a)* Ce que la femme acquiert en vertu d'un droit faisant partie de son bien réservé (il s'agit plutôt là, comme nous le verrons, de cas d'accession) ; *b)* Ce que la femme acquiert à titre de réparation pour la destruction, détérioration ou soustraction d'un objet faisant partie de son patrimoine réservé (ainsi les indemnités d'expropriation, de mitoyenneté, d'achat de servitude, d'assurance et les indemnités dues par un tiers à raison du dommage qu'il a causé à un bien réservé, seront elles-mêmes soumises à l'administration et à la jouissance de la femme. Car elles représentent le bien réservé) ; *c)* Enfin, ce que la femme acquiert par un acte juridique qui se rapporte au bien réservé. Il s'agit là d'une aliénation

d'un bien qui a ce caractère, puis d'une acquisition d'un nouveau bien destiné à reconstituer le patrimoine de la femme. Un exemple nous est fourni par le remploi.

2^o Bien d'apport.

Que l'on soit sous le régime de droit commun, la *Verwaltungsgemeinschaft*, c'est-à-dire la communauté d'administration analogue à notre régime sans communauté ou sous un régime de communauté, la loi allemande caractérise le bien personnel à la femme, mais soumis à l'administration et à la jouissance du mari, et le bien propre à celui-ci, par la qualification de *bien d'apport*.

L'article 1381 nous révèle la facilité avec laquelle s'opérera la subrogation : L'acquisition par le mari avec les ressources du bien d'apport de choses mobilières, en fait passer la propriété à la femme, à moins que le mari ne veuille pas acquérir pour le compte du bien d'apport. Nous préciserons le sens de cet article en étudiant le système général du code Civil allemand.

Sil'article 1381 affecte une forme normale au point de vue de la subrogation, il n'en est pas de même du suivant : En effet l'article 1382 décide que les objets de ménage, que le mari se procure en remplacement de ceux apportés par la femme, qui n'existe plus ou ont perdu leur valeur deviennent biens d'apport. Quoique limité aux *objets de ménage*, ce texte, et c'est le point de vue qui nous intéresse, nous montre un phénomène assez curieux : le bien d'apport *objet de ménage* périt sans être remplacé par

aucune indemnité. Il y a perte sèche, et cependant le mari peut acquérir de nouveaux *objets de ménage* qui seront biens d'apport. En d'autres termes, une valeur de était affectée à un emploi déterminé, représentée qu'elle était par des biens d'apport qualifiés *objets de ménage*. Peu importe que ces biens aient péri sans être remplacés ou aient perdu leur valeur, le mari aura la faculté de rétablir l'ancienne valeur en reconstituant des biens d'apport *objets de ménage*. On ne se soucie plus d'obtenir le bien nouveau avec l'ancien bien ou avec les deniers provenant de son aliénation. de sa destruction, puisque ce bien a péri sans laisser des deniers à sa place. Il n'est plus possible d'affirmer que la récente acquisition a été soldée avec l'argent provenant de la réalisation du bien ancien. En d'autres termes, les biens d'apport *objets de ménage* peuvent périr. Mais la valeur avec son affectation est impérissable, son rétablissement sera toujours possible. Voilà bien un cas particulier de subrogation réelle ou plutôt un phénomène juridique en dehors des règles normales de la subrogation réelle. Le nouvel objet fut acquis en remplacement de l'ancien, mais non avec la valeur en provenant, puisqu'elle n'est plus.

L'article 1524, par contre, offre à nos yeux les types de subrogation réelle que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer en matière de biens réservés.

Nous ne faisons que le citer : *Est bien d'apport d'un époux ce qu'il acquiert en vertu d'un droit faisant partie de son bien d'apport, ou à titre de réparation pour la destruction, détérioration ou soustrac-*

tion d'un objet faisant partie du bien d'apport ou par un acte juridique qui se réfère au bien d'apport.

3^o Bien de communauté.

De même, il nous suffira de signaler l'article 1473, qui reproduit à peu près mot pour mot les termes de l'article 1370 sur les biens réservés : *Ce qui est acquis en vertu d'un droit faisant partie du bien de communauté, ou à titre de réparation pour la destruction, détérioration ou soustraction d'un objet faisant partie du bien de communauté ou par un acte juridique qui se rapporte au bien de communauté, devient bien de communauté.*

B) *Cas de subrogation réelle ayant trait aux restitutions dues par un non ayant-droit.*

Ce sont des formules analogues aux précédentes que nous retrouvons dans ces divers cas.

1^o L'article 816 du Code civil allemand pose le principe du non enrichissement sans cause, et l'article 818, celui de la subrogation réelle appliquée à cette matière. *L'obligation à restitution s'étend aux profits perçus, ainsi qu'à tout ce que le bénéficiaire gagne sur le fondement du droit qu'il a acquis ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet qu'il a acquis.*

Y a-t-il bien là un cas de subrogation réelle, dit-on ? L'individu lésé ne serait que créancier, l'enrichi que débiteur de son enrichissement. (Ce dernier s'engagerait à faire tradition des objets qui consti-

tuent son enrichissement injustifié.) En d'autres termes, le lésé ne serait titulaire que d'un droit personnel et, à vrai dire, il n'y aurait pas subrogation réelle. (C'est le système français.)

Mais, à l'inverse, on soutient que le lésé devient propriétaire de l'objet qui a remplacé celui qu'a obtenu l'accipiens. De ce fait, il n'aurait pas à subir le concours des créanciers chirographaires de l'enrichi.

20 Afin d'éviter l'enrichissement sans cause, l'article 2018 du Code civil allemand décide que *l'héritier peut exiger de toute personne qui a obtenu quelque chose de la succession en vertu d'un droit héréditaire ne lui appartenant pas en réalité, la restitution de cette chose.*

Et l'article 2019 prépare cette restitution. *On considère, dit-il, comme appartenant à la succession, ce que le possesseur de l'hérédité a obtenu par un acte juridique avec les moyens de la succession.*

Lors de la rédaction de cet article, il se posa une question de principe analogue à celle que nous venons de voir au sujet de l'enrichissement sans cause. Le premier projet décidait que l'héritier apparent était seulement débiteur de la restitution des divers objets successoraux ou de leurs remplaçants. Mais la deuxième commission rendit l'héritier véritable propriétaire de tous les objets à restituer et donna ainsi à la pétition d'hérédité un effet réel en l'absence duquel la subrogation réelle n'aurait rien eu à voir en cette matière.

Enfin, l'article 2041 ordonne implicitement les

restitutions à faire en réalisant ici l'application de la théorie de la subrogation réelle; il dit: *Appartient à la succession ce qui est acquis en vertu d'un droit appartenant à la succession ou comme indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction d'un objet de la succession ou en vertu d'un acte juridique qui se rapporte à la succession*. Formule en tous points équivalente à celles que nous avons relatées dans tous les cas précédents, et dont nous donnerons une explication plus loin.

3^o Enfin les substitutions, donnent lieu également, à des restitutions, et il est bon de connaître comment elles se feront.

L'héritier du premier ordre peut avoir à rendre au *Nacherbe*, c'est-à-dire à l'arrière-héritier, tout un ensemble de biens qui ont pu subir des aliénations, des transformations.

C'est pourquoi, afin de préparer la restitution, l'article 2111 du Code civil allemand indique quels sont les biens faisant partie de l'hérédité: *Appartient à l'hérédité, dit-il, ce que l'héritier antérieur acquiert par suite d'un droit appartenant à la succession, ou comme réparation pour destruction, dégradation, enlèvement d'un objet de la succession ou par un acte juridique avec les moyens fournis par l'hérédité*.

Une hypothèse analogue, la vente d'hérédité, prévue par l'article 2374 se résoud de la même manière: Le vendeur est tenu de remettre à l'acheteur les objets de la succession existant au moment de la vente, y compris ce qu'il a recueilli avant la vente en vertu d'un droit appartenant à la succession ou

comme réparation pour la destruction, la dégradation, l'enlèvement d'un objet de la succession ou au moyen d'un acte juridique qui se rapportait à la succession.

Dans ces deux espèces, il y a une reproduction quasi textuelle des formules de subrogation réelle que nous avons vues jusqu'alors.

C) Cas se rapportant à la composition du patrimoine social.

L'application des mêmes principes se retrouve dans une autre universalité que l'hérédité, dans le patrimoine social.

L'article 718 contient une disposition qui se rapproche singulièrement de celle prévue dans l'article 2041 : Appartient au patrimoine social, ce qui est acquis sur le fondement d'un droit compris dans le patrimoine social, ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction d'un objet compris dans le patrimoine social.

D). Cas concernant les hypothèques.

Exceptionnellement ici, nous ne trouvons pas le domaine considérable réservé à la subrogation réelle dans les espèces précédentes. L'article 1127 ne reporte l'hypothèque que sur la créance contre l'assureur. Les autres indemnités de réparation y échappent. Phénomène assez singulier dans une

législation qui, partout ailleurs, trace une large sphère d'application à la subrogation réelle.

.

Il nous reste à donner une vue d'ensemble de notre théorie dans la législation allemande : A l'apparence, trois espèces de subrogation réelle y seraient consacrées ; en réalité il n'y en a que deux. Car la première catégorie : l'acquisition en vertu d'un droit faisant partie du bien dont il faut transmettre la qualification nous semble être plutôt un cas d'accession. C'est ainsi que les fruits naturels, les augmentations ou accroissements, par exemple la partie du trésor revenant au propriétaire, demeurent attachés au bien dont ils sont l'accessoire et, comme lui, deviennent biens réservés, biens de communauté.

Mais il n'en est plus de même des deux groupes suivants qui sont des cas de subrogation réelle de la plus grande netteté :

1^o Ce qui est acquis à titre de réparation pour la destruction, la détérioration ou la soustraction d'un objet, revêt la qualité attachée à cet objet et en supporte les conséquences juridiques.

Par suite les indemnités d'expropriation pour cause d'utilité publique ou privée, le reliquat d'une expropriation forcée, les indemnités dues par une Compagnie d'assurances, par un tiers quelconque et, d'une manière générale, toute indemnité de réparation d'un dommage causé à un bien suit le sort du bien qu'elle remplace. Voilà donc une formule géné-

rale qui ne permettra plus les hésitations qui atteignent notre droit français.

2^o Enfin, et c'est là le cas le plus intéressant de subrogation réelle, ce qui est acquis par un acte juridique, qui se réfère au bien réservé, au bien d'apport, au bien de communauté, à la succession, prend la qualification de l'objet représenté. Raisononnons sur l'exemple du bien réservé : Voici un acte juridique qui a trait au bien réservé, qui se rapporte à lui. Mais quelle est la nature de ce rapport ? Il est économique plutôt que juridique : c'est à cause de l'aliénation du bien réservé et avec la valeur en provenant que l'on veut acquérir un nouveau bien en remplissant la fonction au point de vue économique. En d'autres termes il s'agit de perpétuer une valeur destinée à être administrée par la femme. Si le Code civil allemand est abstrait, il suit cependant de très près les tendances économiques. En cette occurrence, il a tenu grand compte du mouvement actuel qui fait considérer les biens surtout au point de vue de la valeur qu'ils représentent. Rapport économique, objectif, rapport de biens, voilà le motif qui l'inspire dans sa formule si brève.

Mais à quelles conditions l'effet cherché se produira-t-il ? Comment le rapport entre deux biens doit-il être révélé ?

Quelques articles du Code civil allemand semblent nous éclairer à ce sujet. Ils paraissent réclamer une entière publicité. Articles 1524 et 1473 (2^{es} alinéas).

La qualité de droit faisant partie du bien d'apport, du bien de communauté, qui appartient à une créance

acquise par acte juridique, n'est opposable au débiteur que s'il obtient la connaissance de cette qualité; les dispositions des articles 406 à 408 (relatifs à la cession de créance) reçoivent une application correspondante.

Le débiteur qui voit sa dette prendre la qualité de bien d'apport, de bien de communauté, de bien faisant partie de telle succession, doit être prévenu. Les autres tiers, les titulaires de droits réels sur un bien doivent aussi, semble-t-il, être avertis.

Mais nous trouvons dans un texte certaines lacunes qui nous font douter que le Code civil allemand ait eu un système net sur cette question pourtant si importante. Les articles 816 à 818 sur l'enrichissement sans cause semblent obliger aux restitutions (et nous savons qu'elles ont un effet réel, c'est-à-dire que le lésé devient directement propriétaire des objets à restituer), sans exiger que les tiers soient prévenus. Nous ne retrouvons pas de formule équivalente à celles que nous avons indiquées.

Par contre, l'article 2019, qui est, au point de vue logique, sous la dépendance des articles 816 à 818, qui a pour but d'écarter l'enrichissement sans cause décide que le lien qui rattache à la succession une créance acquise par ce moyen ne peut être invoqué contre le débiteur (c'est-à-dire contre un tiers) que s'il le connaît.

Il est donc possible, à notre avis, de conclure que la législation allemande n'a pas eu un système très clair et très général sur la question de la publicité dans la subrogation réelle.

En revanche, dans la détermination des cas de subrogation réelle, à une exception près, le Code civil allemand semble avoir donné par ses formules synthétiques et larges pleine satisfaction à l'équité.

Si la codification allemande, à ce point de vue, est bien supérieure à la nôtre, n'oublions cependant pas le long intervalle qui sépara les deux rédactions. Notre Code civil date de 1804, époque à laquelle, dans presque tous les esprits juridiques, dominait l'idée que la subrogation était une fiction dont la loi seule était capable de déterminer les cas d'application. Ceci explique la façon de procéder de notre Code, ses solutions d'espèce, que nous pouvons critiquer à présent, mais qui ne peuvent faire l'objet de reproches à son égard.

Au contraire, le Code civil allemand nous semble plus parfait parce que plus récent (1). Il ne pouvait

(1) Il nous a paru impossible de ne pas même faire mention de la codification la plus récente, du Code civil suisse, dont nous ne citons que quelques articles. Toujours est-il qu'il nous paraît, à l'imitation du Code civil allemand, avoir évité soigneusement les solutions de détail et rechercher au contraire les formules générales.

1° Voici deux dispositions concernant les régimes matrimoniaux qui posent le principe de la subrogation réelle :

Article 196 (2°) : *Les acquisitions faites pendant le mariage en remploi des biens de la femme sont réputées apports de celle-ci.* (Cet article se trouve au milieu du chapitre consacré au régime de *L'Union des biens*, qui rappelle notre non communauté et qui est le régime légal.

L'article 239 consacre une solution analogue pour le régime de communauté d'acquêt : *Les biens acquis pendant le*

pas ne pas voir les réalités économiques. Aussi étendit-il la sphère d'application de la subrogation réelle, théorie qui s'inspire autant de l'économie politique que du droit. La définition exacte de sa nature lui enleva le caractère de fiction dont on l'avait entourée si longtemps.

mariage, sauf à titre de emploi, forment les acquêts et sont soumis aux règles de la communauté.

2° C'est aussi l'admission générale de la subrogation réelle que contiennent les articles 804 et 822, relatifs au transfert de droits réels de préférence du gage à l'indemnité qui le remplace.

Article 804 : *Quand une indemnité est payée pour un immeuble grevé de droits de gage, elle se distribue entre les droits selon leur rang ou au marc le franc, s'ils sont de même rang.*

Article 822 : *Les indemnités d'assurance exigibles ne peuvent être payées au propriétaire que du consentement de tous les créanciers ayant un droit de gage sur l'immeuble.*

En résumé, c'est le caractère synthétique qui domine le Code civil suisse en cette matière comme en bien d'autres.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE

Après l'étude empirique de la subrogation réelle, après l'examen de ses diverses applications, il est de la plus haute importance de tâcher de dégager les idées générales qui servent de guides à cette théorie. Pour venir à bout de ce dur labeur, nous chercherons nos points d'appui surtout dans la législation française actuelle, dans les modifications que lui a fait subir notre jurisprudence, puisque c'est à elle que nous avons consacré la plus grande partie de nos développements. Mais incidemment nous renforcerons nos exemples de ceux que nous emprunterons à la législation allemande, dont la codification est d'un siècle plus récente que la nôtre. Quant à l'utilité de cette étude théorique, elle est évidente : il est, en

effet, impossible à un législateur de prévoir les cas innombrables de la pratique. C'est pourquoi il doit se contenter d'indiquer les idées directrices qui serviront de bases aux généralisations. Quand il ne l'a pas fait, c'est à l'interprète de le faire. Et par ce moyen le travail du juge sera singulièrement facilité. Aussi pourra-t-il solutionner les problèmes ardues que présente chaque jour la vie pratique.

De nombreux auteurs se sont préoccupés de dégager les principes directeurs de la subrogation réelle. Il nous sera très utile d'examiner leurs explications, car cette étude nous permettra de comprendre plus facilement la théorie proposée par M. Planiol, à laquelle nous nous rallions. Mais avant tout, qu'il nous soit permis de situer la subrogation réelle dans le domaine du droit, de la rapprocher de quelques théories juridiques les plus importantes.

SECTION I. — *Subrogation réelle et quelques principes juridiques.*

SECTION II. — *Diverses opinions sur l'étude théorique de la subrogation réelle.*

SECTION III. — *Théorie générale de la subrogation réelle.*

SECTION I

SUBROGATION RÉELLE ET QUELQUES PRINCIPES DE DROIT

Il nous a paru utile d'étudier notre théorie en la rapprochant de quelques principes juridiques. Cela

nous permettra d'apporter quelques précisions à notre travail et nous aidera à dégager la nature de la subrogation réelle en nous obligeant à indiquer ses caractères principaux,

I. LA BASE DE TOUTE SUBROGATION RÉELLE EST
L'OPÉRATION A TITRE ONÉREUX OU LA LÉSION INJUSTE

A) Une des conditions de la subrogation est le contrat à titre onéreux. Qu'il y ait vente, vente moyennant un prix fixé en argent ou en rente perpétuelle ou vente à fonds perdu moyennant un prix fixé en rente viagère, que la vente soit forcée (expropriation pour cause d'utilité publique ou privée, achat d'une servitude de passage), que l'on soit en présence d'un échange, que l'on se trouve en face d'un contrat d'assurance (1), toutes ces opérations procurent l'acquisition d'un bien, d'une créance sur une des parties (le prix), d'une créance sur un tiers assureur, ou enfin d'une indemnité. Mais en tous cas le profit retiré s'explique par le sacrifice volontaire ou forcé d'une richesse, d'un bien, dont la disparition a causé un vide dans un patrimoine. Il y a en effet contrat à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre. S'il n'y a pas de perte sèche, ce n'est pas tout profit. Sacrifice et profit, aliénation

(1) L'assurance est un contrat qui facilite la subrogation réelle, puisqu'il a pour but la reconstitution d'un bien.

et acquisition, voilà les caractères du contrat à titre onéreux.

Souvent il sera inutile de s'inquiéter de la manière d'être de l'ancien bien dans le patrimoine. Il était le gage du créancier chirographaire ; le bien nouveau le sera aussi de son propre chef.

Mais le vendeur était marié, ou c'était l'héritier du premier degré chargé de rendre les biens qu'il avait recueillis ; la venderesse était une femme laborieuse, ou une commune chargée d'entretenir une fondation précisément avec le bien qu'elle aliène ; en d'autres termes, l'ensemble des biens du vendeur était destiné à remplir des fonctions diverses. Les anciens biens les remplissaient ; il est de toute utilité qu'elles ne disparaissent pas avec les biens qui servaient à leur exécution. La destination à laquelle était utilisé un bien doit se reporter sur le bien reçu comme contrepartie du sacrifice fait. La transformation des biens d'un patrimoine par une série de contrats à titre onéreux n'entravera pas l'exercice de telle ou telle fonction. Les biens nouveaux recevront une affectation identique à celle des anciens, prendront les qualités de leurs prédécesseurs ; et par ce moyen sera sauvegardé le principe que le patrimoine est un ensemble de fonctions, définition qui implique la persistance d'un rapport de succession entre les divers biens qui le composeront les uns après les autres.

B) *Supposons que nous ne nous trouvions pas en face d'un contrat à titre onéreux, la théorie de la subrogation est-elle par là même écartée?*

Non il est possible qu'il y ait une lésion injuste qui donnera droit à une indemnité ou à une restitution. Le bien nouveau qui est né de la réparation du préjudice tiendra le lieu et place du bien sur lequel a porté le dommage, la lésion injuste. C'est un tiers qui cause la disparition d'un bien, c'est l'architecte ou l'entrepreneur (article 1792) qui par son inexpérience amène la destruction du bâtiment édifié, c'est un individu qui s'empare injustement d'un héritage auquel il n'a pas droit; c'est un envoyé en possession qu'il est impossible de maintenir en possession des biens ou de dérivés des biens d'un absent de retour sans causer à ce dernier un préjudice injuste. L'indemnité pour la personne qui a subi le dommage et le bien nouveau pour la personne qui a vu un tiers se mettre ou être envoyé en possession, représenteront l'objet perdu, le bien ancien aliéné. Mais on maintiendra le rapport de succession entre ces biens, tantôt pour affecter les indemnités au même but que les biens dont elles tiennent le lieu et place, tantôt pour obliger à restitution le tiers enrichi injustement, qui sans cela aurait pu soutenir qu'il ne doit rendre que les objets sur lesquels portait le droit de la victime et non les biens sur lesquels elle n'a eu aucun droit.

En résumé seuls le contrat à titre onéreux ou la

lésion injuste peuvent donner naissance à la substitution d'un bien à un autre, à un rapport spécial de succession établi entre les biens par la subrogation réelle.

De cette analyse nous pouvons tirer les déductions suivantes : d'abord l'opposition de la subrogation réelle et de la donation, puis l'opposition de la subrogation réelle et de l'accession.

1^o Opposition de la subrogation réelle et de l'acte à titre gratuit.

Du patrimoine du donateur un bien est sorti sans être remplacé. Il est évident qu'en ce cas notre théorie n'a plus rien à voir, puisqu'elle est faite pour établir à un point de vue spécial un rapport de succession entre deux biens et que justement le deuxième bien manque.

Dans le patrimoine du donataire un bien nouveau advient, mais sans sacrifice antérieur. C'est un gain que le donataire réalise. Comment faire jouer à cette acquisition le rôle d'un bien qui n'existait pas.

2^o) Pour un motif identique la subrogation réelle est étrangère à la théorie de l'accession.

De prime abord l'opposition semble moins nette puisqu'un objet nouveau acquiert la qualité, c'est à dire est affecté à la même fonction que le bien principal auquel il vient se joindre. C'est ce qui permet au code civil allemand, dans de nombreux textes, de rapprocher l'accession de la subrogation réelle. Mais il est facile de montrer la différence qui les sépare : la subrogation s'explique toujours par la perte juridique ou matérielle d'un bien qu'il faut

remplacer par l'acquisition d'un nouveau bien. Dans l'accession il y a une acquisition nouvelle ; mais l'aliénation, la perte correspondante d'un bien fait défaut.

II. — LA SUBROGATION RÉELLE SUPPOSE UNE MUTATION, UN TRANSFERT DE DROIT D'UN BIEN SUR UN AUTRE.

Donc :

A) Il n'y a pas possibilité de subrogation réelle si le droit frappe toujours le bien aliéné. C'est le cas d'un des attributs du droit réel, le droit de suite. En effet le droit de suite, c'est la persistance, la continuation d'un droit sur un bien.

Mais il se peut que le propriétaire renonce à son droit de suite : un individu par exemple vend un de ses biens ; son droit de propriété avec les modalités qui l'affectaient se reporte sur un bien nouveau qu'il a acquis avec le prix de vente, si certaines conditions sont réalisées. Il y a subrogation réelle transfert d'un droit de propriété, d'un droit réel d'un bien sur un autre. Pendant cette mutation le droit de propriété est resté le même ; les qualités qui l'entouraient, qui lui conféraient telle ou telle destination, sont restées attachées à lui. Tel qu'il était autrefois il s'est reporté d'une chose à une autre. Mais sur l'ancien bien il s'est évanoui ainsi que tous ses attributs, y compris le droit de suite. La subrogation réelle suppose la la disparition du droit de suite.

Par contre si le droit de suite subsiste sur un bien malgré l'aliénation consentie, ce qui se produira si

le propriétaire a démembré son droit, s'il a conféré une hypothèque, un usufruit, une servitude, la subrogation réelle n'a pas d'effet par rapport au droit réel conféré au tiers. Celui-ci peut méconnaître l'aliénation ; son droit est opposable à tous. Peu importe que le propriétaire ait transféré son droit d'un bien sur un autre, le titulaire de l'hypothèque, de l'usufruit, de la servitude maintient le sien sur l'ancien bien ; et on ne comprendrait plus que son droit se reporte aussi sur le bien nouveau. Cela ferait double emploi. Où le droit de suite subsiste, il ne peut y avoir subrogation réelle qui s'analyse en définitive en un transport de droit réel.

Les seuls cas où les titulaires d'une hypothèque, servitude ou usufruit, sont condamnés à voir leur droit réel se reporter d'un bien à un autre, sont les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ou privée, et les cas de disparition, de destruction du bien ancien. Le créancier hypothécaire, l'usufruitier, le titulaire de la servitude voient leur droit se reporter sur l'indemnité obtenue à cause de la disparition du bien. Il y a subrogation réelle ; mais alors ces titulaires de droit réel perdent leur droit de suite sur l'ancien bien exproprié pour cause d'utilité publique ou privée.

Il est donc juste de dire que la subrogation réelle s'oppose au droit de suite.

En d'autres termes, le droit de suite et la subrogation réelle sont des moyens juridiques opposés, capables d'assurer la perpétuité d'un droit. Dans de nombreuses hypothèses, dans tous les cas d'expro-

priation forcée ou de destruction d'un bien, la subrogation réelle devient le succédané du droit de suite; elle intervient quand celui-ci ne peut plus s'exercer.

Nous sommes obligés de traiter à part du droit de rétention qui généralement n'est pas considéré comme un droit réel. Ainsi que le droit de suite, il s'oppose à la subrogation réelle. Le droit du créancier rétenteur ne peut pas être transporté d'un bien à un autre, puisqu'il perd toute son efficacité dès que son titulaire n'est plus en possession. C'est le procédé inverse de la subrogation réelle : Garder le bien pour pouvoir exercer le droit.

B) Le rôle de la subrogation réelle est réduit dans les cas d'inaliénabilité.

En effet, l'inaliénabilité s'oppose à la mutation. Or, la subrogation réelle est toute de changement.

Cependant malgré l'inaliénabilité, la subrogation réelle peut avoir une certaine sphère d'application : Il arrive que des biens inaliénables soient expropriés, incendiés. Grâce à la théorie de la subrogation réelle, les droits réels qui existaient sur le bien inaliénable se reporteront sur les indemnités d'expropriation, d'assurance (1), qui conserveront le caractère inaliénable.

C) La subrogation réelle s'oppose à la rétroactivité.

Quand on revient sur une aliénation, quand on déclare que le bien nouveau est censé avoir toujours

(1) Nous avons vu qu'il serait désirable qu'il se reportent sur toutes les indemnités de réparation d'un dommage.

appartenu à l'un des copartageants, on fait abstraction de la mutation de biens. C'est pourquoi la subrogation réelle et la rétroactivité se trouvent aux deux pôles l'une de l'autre.

1^o La subrogation réelle et les actions en résolution, rescision, nullité, réméré.

Un bien est vendu. Mais l'acheteur ne paye pas son prix; le vendeur fait résoudre la vente. Ou bien, le prix stipulé dans l'acte n'égale pas les cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble. Le vendeur fait rescinder la vente pour cause de lésion, si l'acheteur ne lui offre pas le complément du prix. Ou bien le vendeur était mineur et les formalités n'ont pas été accomplies; devenu majeur, il attaque la vente par l'action en nullité. Enfin, le vendeur a stipulé pour lui la faculté de racheter le bien, puis il use du pacte de réméré. Voici une série d'hypothèse où tout va se passer comme s'il n'y avait jamais eu vente. Le prix encore dû ou payé, qui avait été subrogé à l'objet vendu, va cessé d'être dû ou sera rendu. L'ancien bien va se retrouver dans le patrimoine du vendeur avec ses anciennes qualités. Il y a résolution rétroactive, nullité. Tout se passe comme s'il n'y avait jamais eu transfert ni mutation et le phénomène de subrogation réelle qui suppose avant tout une mutation ne se comprendrait plus ici.

2^o Subrogation réelle et effet déclaratif.

Une masse de biens échoit à plusieurs cohéritiers et, parmi eux, se trouve une femme mariée sous la communauté légale. La masse successorale se com-

pose pour moitié de meubles pour moitié d'immeubles. Si le partage n'avait pas d'effet déclaratif, d'effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession, la proportion des propres et des acquêts serait fixée au jour du décès et les biens meubles et immeubles mis dans le lot de la femme à la suite du partage seraient propres et acquêts dans la proportion susindiquée comme subrogés à des propres, à des acquêts, à des parts indivises dans des immeubles, dans des meubles.

Mais, d'après notre législation, le partage déclare que la femme a reçu du défunt uniquement des meubles. Toute la part de la femme tombera ainsi dans la communauté.

Il n'y a donc qu'une seule mutation, celle de l'ouverture de la succession. Mais celle-ci est corrigée par le partage et elle est censée s'être effectuée telle que le partage l'a décidé. L'effet déclaratif n'existerait pas, qu'il y aurait une seconde mutation, celle qui s'opérerait au moment du partage et qui consisterait en une série d'échanges de parts indivises. Mais alors les biens nouvellement acquis revêtiraient la qualité des parts indivises transmises dont ils tiennent la place.

L'effet déclaratif supprime donc cette mutation et rend ainsi irréalisable la subrogation réelle qui aurait pu s'opérer en ce cas. Pour éviter les recours entre copartageants, entre cohéritiers, on a décidé que la deuxième mutation serait supposée ne pas être, que la première seule serait censée avoir eu lieu ; mais

encore de la manière et dans les formes fixées par le partage.

En résumé toute rétroactivité aboutit, par une fiction de la loi, à supprimer un laps de temps écoulé où précisément s'était produite une opération juridique, en l'espèce une mutation. Or, la mutation supprimée était indispensable à la subrogation réelle.

III. LA SUBROGATION RÉELLE SE COMPORTE COMME UN TITRE PARTICULIER.

Pour que s'effectue la subrogation réelle, il y a une preuve essentielle à faire, c'est celle de l'origine des deniers. Le bénéficiaire de la subrogation réelle, qui a un droit réel, ne peut pas soutenir que son droit porte sur un ensemble de biens. Pour pouvoir le dire il faut qu'il le prouve pour chaque bien. Son titre universel, par exemple son titre d'héritier véritable, ne suffit plus quand il invoque la subrogation réelle. Ce titre doit être corroboré par la preuve d'un droit spécial : la preuve de l'origine des deniers lui donne un droit nouveau qui est le résultat de la subrogation réelle. Cette dernière vivifie son titre d'héritier. Il n'y a donc de subrogation réelle que du particulier. Il est impossible de démontrer qu'une masse de biens est subrogée à une autre. Pour chaque bien on doit rapporter une preuve spéciale. C'est que par la mutation un élément du patrimoine s'est individualisé, s'est séparé du groupe. Il faut prouver la possibilité de le rattacher au groupe.

Le droit du créancier chirographaire se reporte de bien en bien. Ce simple titre donne la possibilité d'atteindre tous les biens sans preuve spéciale à faire que celle du titre de créancier; car il affecte moins durement chaque bien. Au contraire, quand il y a transfert d'un droit réel d'un bien à un autre, comme en cas de subrogation réelle, il faut prouver la raison d'être, la justice de ce transfert sur chaque bien nouveau, il faut prouver l'origine des deniers, la filiation du bien nouveau. Et c'est ce qui donne l'impression que la subrogation réelle se comporte comme un titre particulier.

IV. FONCTIONS DE LA SUBROGATION RÉELLE. SUBROGATION RÉELLE ET ENRICHISSEMENT SANS CAUSE.

Nous venons dans les trois paragraphes précédents de faire l'analyse juridique de la subrogation réelle; il nous faut rapidement en faire l'analyse économique.

Il nous semble inutile d'énumérer à nouveau les multiples fonctions de la subrogation réelle. Nous avons précisément divisé notre première partie, l'étude pratique de notre sujet, en prenant pour bases de développements, pour chapitres, les multiples fonctions de la subrogation réelle. Parmi ses objectifs les plus divers nous avons vu qu'à côté d'un but principal, elle avait parfois un objet accessoire, par exemple faire respecter le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Nous rappelons aussi qu'à la base de tous les cas de subrogation réelle, se montre l'idée d'éviter l'enrichissement sans cause. Parfois, c'est même la cause immédiate de certains cas de subrogation réelle.

Il est difficile d'établir avec exactitude les rapports entre la subrogation réelle et l'enrichissement sans cause.

Dans le Code Civil allemand (article 816 à 819), nous voyons la subrogation réelle compléter l'effet de la théorie de l'enrichissement sans cause en lui donnant un effet réel, en établissant que le lésé au lieu d'être simple créancier de celui qu'il a enrichi serait désormais propriétaire des biens ou du bien que ce dernier a obtenu avec le prix, la valeur des biens dont il fut enrichi injustement. Donc aussi bien dans les titres particuliers (818) que dans les titres universels (2019), la subrogation réelle complète la théorie de l'enrichissement sans cause.

Chez nous un tel complément, un pareil renforcement de la théorie de l'enrichissement ne se produit pas ou plutôt n'existe que dans les universalités.

Partout ailleurs (lorsqu'un individu a été dépouillé d'un seul bien sans que le tiers fautif ait agi en vertu d'un titre universel), l'enrichissement sans cause existe à l'état de théorie originale et rend seulement créancier celui qui a subi la lésion, qui a été appauvri sans cause juridique.

En résumé, dans notre législation française actuelle, le non enrichissement sans cause revêt un double caractère. Tantôt considéré comme principe d'équité,

il suscite l'application de la subrogation réelle, tantôt ne pouvant arriver à ce résultat, il s'érige à l'état de théorie originale et se contente de rendre créancier celui qui a été dépouillé de son bien aliéné, par l'enrichi.

SECTION II

THÉORIES DIVERSES SUR LA SUBROGATION RÉELLE

Elles peuvent se ranger en quatre groupes :

I. THÉORIE DE LA SUBROGATION FICTION

La conception la plus ancienne, la plus répandue jusqu'à ces dernières années, vit dans la subrogation réelle une fiction. RENUSSON affirmait catégoriquement que toute subrogation est une fiction. C'était aussi l'avis de la majorité de nos anciens auteurs. En droit relativement moderne, la doctrine se prononça en faveur de cette opinion. MM. AUBRY et RAU (1) définissent la subrogation réelle : *une fiction par suite de laquelle un objet vient à remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique*. La conclusion qui découle de cette conception est que seule la loi peut instituer des cas de subrogation réelle. Car toutes les fictions sont de droit étroit.

(1) AUBRY et RAU. — *Op. cit.* Edition de 1869, page 235, § 575.

Cependant, on apportait en général un tempérament important à cette manière d'envisager la subrogation réelle. Le souvenir de la maxime élaborée dans notre ancien droit : *In judiciis universalibus res succedit loco pretii et pretium loco rei*, avait passé en droit moderne. Aussi dans les universalités notre théorie bénéficiait d'une interprétation extensive et d'une sphère d'application assez étendue. Il n'y a plus fiction, disait-on, quand un bien doit en remplacer un autre dans un patrimoine, sans qu'il lui soit attribué des qualités particulières comme celles de propre, de dotal. A l'intérieur du patrimoine tous les biens sont fongibles entre eux.

Mais dès qu'il s'agissait de conférer une qualité spéciale à un bien par la voie de la subrogation réelle, tout le monde répétait à l'envi qu'il y avait une fiction dans un tel procédé et que seule la loi pouvait attribuer aux biens des qualifications contraires à l'ordre habituel des choses. En effet, on disait : Est-il naturel qu'un bien soit censé en être un autre ? Le législateur seul peut décréter d'agir comme si un objet était un autre qu'il n'est en réalité. Seul il peut décider qu'une acquisition à titre onéreux pendant le mariage produira le même effet (création d'un propre) qu'une acquisition à titre gratuit. Qu'un bien prenne la place d'un autre dans une universalité, passe encore : La fongibilité des éléments du patrimoine en donne l'explication. Mais soutenir qu'un bien au lieu d'être conquêt sera propre, au lieu d'être paraphernal sera dotal, contrairement aux principes directeurs du régime de communauté, du

régime dotal, cela surprend. Aussi faut-il qu'une telle règle émane du législateur qui, poussé par le désir de satisfaire l'équité, fasse une brèche à la règle générale en établissant une fiction.

Qu'est-ce donc qu'une fiction ? A ce sujet, SAVIGNY (1) s'exprime en ces termes : *S'il naît une forme juridique nouvelle, elle est aussitôt rattachée à une forme antérieure et elle participe à sa précision, à son perfectionnement.* Von IHERING (2) qu'on a pris l'habitude de lui opposer parle ainsi de la fiction : *Son but consiste à aplanir les difficultés inhérentes à l'application et à l'adoption de nouvelles règles de droit. Elle laisse la doctrine traditionnelle intacte dans son ancienne forme, sans diminuer la pleine efficacité de la forme nouvelle. La fiction tourne les difficultés au lieu de les résoudre. C'est un mensonge technique consacré par la nécessité.* C'est pourquoi on doit l'interpréter restrictivement. Mais, et nous continuons à reproduire Von IHERING, *à côté de la fiction, il y a l'assimilation à qui on donne faussement la nom de fiction. Or, dans l'assimilation on ne fait qu'étendre une règle juridique.* Par conséquent, point n'est besoin de l'interpréter restrictivement.

La subrogation réelle, à notre avis, nous semble être une assimilation. Ainsi sous les régimes de com-

(1) SAVIGNY. *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3^e édition, page 32.

(2) VON IHERING. *Esprit du droit romain*. Tome IV. Page 291 à 300, sur les moyens artificiels.

munauté on compare, au point de vue de la subrogation réelle, l'échange, le remploi, à l'acquisition à titre gratuit de biens destinés à être des propres, et ceci parce que les mêmes motifs de décider se retrouvent. Prenons comme exemple la communauté d'acquêts : le bien reçu en contre échange, le bien de remploi n'est pas acquis au moyen du produit du travail des époux, ou des revenus économisés sur leurs biens, mais en remplacement d'un bien acquis à titre gratuit ou réservé propre par le contrat de mariage. Il est équitable de comparer de telles opérations à une acquisition à titre gratuit, au point de vue qui nous occupe. De même il est juste d'assimiler l'indemnité d'assurance au bien perdu, à l'immeuble incendié, et de reporter sur elle les privilèges et hypothèques.

D'ailleurs soutenir, comme le font les auteurs qui défendent la théorie de la subrogation-fiction, que, par exemple, dans l'échange ou dans le remploi sous le régime de communauté, un bien est censé être un autre bien, donc qu'il y a là une fiction, c'est inexact ; c'est oublier de faire la distinction entre les qualités qui dépendent de la nature des biens et qui sont en conséquence intransmissibles, et les qualifications au contraire que tous les biens peuvent avoir et qui proviennent du rôle qu'ils jouent dans le patrimoine, Car, répétons-le ici, le patrimoine envisagé au point de vue dynamique est un ensemble de fonctions. Oui, c'est une fiction de décréter l'immobilisation des actions de la Banque de France, de rendre immeubles des biens qui par leur nature sont meubles..

C'est un mensonge technique pour employer les expressions chères à Von Ihering. Et on comprend aisément pourquoi il y a là un champ réservé au législateur. Il modifie, pour ainsi dire, la nature du bien, ce qui peut entraîner des conséquences juridiques considérables. Aussi le législateur n'agit-il ainsi que très rarement et, quand il le fait, oblige-t-il, par exemple, le propriétaire de l'action de la Banque de France à remplir des formalités destinées à prévenir les tiers. Mais où est l'obstacle à déclarer que tel ou tel bien sera propre? Tous les biens sont susceptibles de l'être. La fonction accomplie par un bien, tout autre bien peut la remplir. Nous ne voyons pas le caractère fictif de l'opération qui consiste à déclarer qu'un bien ne pouvant plus remplir une fonction, un autre bien la remplira à sa place, puisqu'il y a entre lui et son prédécesseur dans le patrimoine des rapports de filiation.

Mais, répondent les partisans de la subrogation-fiction, la fiction provient du fait qu'un bien, au lieu d'être acquêt comme le voudrait l'acquisition à titre onéreux réalisée pendant le mariage, se trouve être un propre.

On viole le principe qui préside à la composition de la communauté. On agit comme si le bien avait été acquis à titre gratuit pendant le mariage, et on ne peut le faire qu'en se conformant étroitement à cette fiction introduite par la loi.

Continuons l'exemple de l'échange et du remploi : Décider que, dans l'échange et dans le remploi, le bien nouveau sera propre, c'est interpréter la volonté

des époux telle qu'elle se serait manifestée au moment de la rédaction du contrat de mariage, si elle avait prévu ces hypothèses. Ce n'est pas une opération d'un genre différent de celle accomplie par le législateur quand il établit le régime de communauté légale, quand il stipule pour les époux qui n'ont pas parlé. On agit pour les époux, on cherche à interpréter leur volonté qui est libre avant le mariage de régler les conventions matrimoniales comme elle l'entend. Or, s'ils avaient prévu les cas d'échange et de remploi, nul doute qu'ils auraient décidé que ces deux opérations sont des sources de biens propres. La femme échangeant un de ses propres contre un autre bien, la femme donnant son consentement à l'aliénation d'un propre n'a, certes, pas voulu voir disparaître cette valeur propre, faire un cadeau à la communauté, puisque la plupart du temps elle a aliéné un de ses propres par crainte de le voir dépérir.

Donc, dans l'échange comme dans le remploi, on ne fait que supposer la volonté des époux en maintenant propre sous la forme d'un bien récemment acquis, une valeur qu'ils ont voulu telle. S'ils avaient prévu ces cas dans le contrat de mariage, ils auraient certainement opté pour le caractère propre du bien reçu en échange du bien de remploi. Ne l'ayant pas fait et ne pouvant plus le faire à cause de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la théorie de la subrogation réelle intervient et réalise, tout en interprétant leur volonté, ce qu'ils ne peuvent plus faire. Ceci montre, d'ailleurs, l'utilité de cette théorie. On

pourrait en dire autant de tous les cas de subrogation réelle. Sous le régime dotal, c'est interpréter la volonté des époux que de reconstituer la valeur dotale par le emploi sous la forme d'un bien dotal, quand l'ancien bien dotal a subi une aliénation forcée. La loi du 19 février 1889, prend en considération la volonté du créancier privilégié ou hypothécaire et du débiteur lorsqu'elle attribue l'indemnité d'assurance à ce créancier. Le phénomène économique du remplacement d'un bien par un autre, qui est d'une pratique courante, dans la majorité des cas suit pas à pas la volonté des parties. Que nous sommes loin de la fiction.

La subrogation réelle qui est une réalité économique, s'introduit actuellement dans le domaine du droit sous forme d'une réalité juridique, parce que les biens sont envisagés moins en eux-mêmes que sous la forme du revêtement d'une valeur.

II. — THÉORIE DE LA SUBROGATION.

INTERPRÉTATION DE VOLONTÉ

Mais doit-on s'arrêter à cette étape? Faut-il considérer la subrogation réelle comme un instrument d'interprétation de la volonté? Faut-il dire qu'il y aura transfert d'une qualité d'un bien à un autre toutes les fois qu'il sera possible d'interpréter ainsi la volonté des parties? La convention tacite des par-

ties, serait-ce là le signe de la subrogation réelle ? C'est l'opinion de M. Stora (1).

A notre avis, cette caractéristique de la subrogation réelle nous paraît bien vague. Dire qu'il y aura subrogation réelle, quand on pourra interpréter en ce sens la volonté des parties, ceci nous semble être un critère peu précis. La part d'arbitraire laissée au juge sera énorme. Or, les constructions doctrinales, les théories n'ont qu'un but : lier le juge. Mais ici les liens dans lesquels il sera enserré nous semblent trop lâches. Constater que la subrogation réelle n'est qu'une manifestation de la volonté des parties, c'est détruire une notion, l'idée de la subrogation fiction. Mais ce n'est pas en construire une nouvelle. On écarte ainsi l'interprétation restrictive, mais on n'indique pas comment sera conçue l'interprétation extensive. On nie, puis l'on s'arrête là, et on omet de faire soi-même une déclaration : on oublie d'affirmer.

III. — THÉORIE DE LA SUBROGATION.

VALEUR D'AFFECTATION

M. Saleilles, que l'auteur que nous venons de citer critique, s'expliqua pourtant davantage dans sa note sur un arrêt de la Cour de Dijon, du 30 juin 1893. S. 94. II. 185.

(1) STORA. Thèse. Paris 1901. De la subrogation réelle. Nous étudions ici rapidement cette théorie, nous réservant d'y revenir pour la discuter aux pages 291 et 292.

Tout en partant du principe que la subrogation réelle interprète la volonté des parties, il chercha à préciser les cas où la volonté des parties pourrait être interprétée de telle manière que l'on puisse affirmer que, dans ces hypothèses, il y a subrogation réelle. Il affirma donc la nécessité qu'il y eût valeur d'affectation pour pouvoir interpréter la volonté des parties dans le sens de la subrogation réelle, pour qu'il fût possible de transférer une qualité d'un bien à un autre. Il aboutit à ce résultat de la manière suivante :

Il pose d'abord le problème du caractère fictif de la subrogation réelle et décide que, dans la mesure où il existe, la subrogation réelle doit être interprétée restrictivement et dans la mesure où il fait défaut, l'interprétation extensive doit dominer.

Puis il étudie la subrogation réelle à titre particulier et à titre universel, la première ayant pour but de transmettre une qualité spéciale d'un bien à un autre, la deuxième de rattacher une chose à un ensemble de biens formant un patrimoine à part. Mais, comme dans les deux sortes de subrogation ce savant auteur suit la même méthode et aboutit à des résultats analogues, nous exposerons sa théorie en unifiant cette distinction entre la subrogation à titre particulier et la subrogation à titre universel. (1)

Dans chacune des deux parties que nous assem-

(1) Ainsi l'on constate la disparition de la maxime « *In Judiciis, etc* » concernant les universalités et où on avait pris l'habitude d'admettre largement la subrogation réelle.

blons pour la commodité de notre exposé, M. Saleilles fait une sous-distinction, qui a une importance considérable puisque c'est la base même de toute sa théorie : 1^o Si les effets produits par la subrogation réelle, à titre particulier ou à titre universel, peuvent résulter de la volonté des parties, la subrogation réelle n'est plus une fiction ; elle ne fait que réaliser ce qu'aurait pu effectuer la volonté des parties ou celle d'un individu. Elle présume, elle interprète cette volonté. On doit donc l'admettre largement ; car le principe de l'autonomie de la volonté l'ordonne. Décider qu'un bien sera propre ou dotal au moment de la conclusion du contrat de mariage, décider que des biens seront grevés de substitution, c'est du ressort de la volonté des époux, du testateur. Donc le transfert de ces qualifications doit s'effectuer largement. (1) 2^o Mais, au contraire, si les effets produits par la subrogation réelle, seul le législateur les peut réaliser, la subrogation réelle se comporte alors comme une fiction et doit être interprétée restrictivement. Ainsi, la dévolution successorale est réglée par la loi ; l'autonomie de la volonté a, en cette matière, un rôle négatif. C'est pourquoi, au dire du savant professeur, le retour successoral doit-être limité par les termes mêmes du Code civil.

M. Saleilles explique ensuite pourquoi dans certains cas la subrogation réelle est admise largement.

(1) Nous avons vu cependant plus haut que le régime dotal obéissait à des règles spéciales indépendantes de la subrogation réelle et donnait à cette dernière une sphère d'application limitée.

Il fit appel à une notion connue du droit allemand, *le patrimoine d'affectation* et eût la géniale idée de la généraliser. Nous reproduisons ici une partie de sa note au Dalloz : *La loi admet, dit-il, dans certains cas, l'affectation d'une valeur à un but déterminé, et cette affectation exige, pour subsister, la permanence d'un patrimoine qui lui soit consacré, et le rattachement au but qu'elle poursuit de tous les biens qui ne sont acquis qu'en vue de cette destination spéciale. Là, où il y a affectation à un but auquel les revenus doivent servir, les biens qui la subissent ne sont plus envisagés qu'au point de vue de leur valeur pécuniaire ; et la conséquence logique voulue par la loi du moment qu'elle accepte l'affectation elle-même c'est, que l'ensemble, dans sa valeur pécuniaire -* *tôt que dans les individualités qui le constituent, soit conservé au but que l'on a en vue ; et alors la seule garantie de cette conservation, c'est la subrogation.*

Ainsi fut créée la théorie de la subrogation-valeur d'affectation que M. SALEILLES limite cependant aux universalités.

M. DEMOGUE (1) la développa à son tour et dégagèa la formule que voici : *Il y a subrogation pour les qualités qui ont été attribuées en vue de donner à la valeur que représente le bien aujourd'hui aliéné telle ou telle affectation.* M. DEMOGUE, à la différence de M. SALEILLES admet donc qu'un bien isolé puisse représenter une valeur d'affectation. M. SALEILLES

(1) Demogue (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, tome XXX, pages 236 et suiv., 295 et s. et 346 et s.

exige au contraire qu'un ensemble de biens, un petit patrimoine à part, soit affecté à un but déterminé pour qu'il y ait valeur d'affectation.

Ces explications de MM. SALEILLES et DEMOGUE sont-elles suffisantes ?

Certes, la partie de leurs développements concernant la subrogation, valeur d'affectation, est un point de droit désormais acquis. Mais, aussi bien dans la note de M. SALEILLES que dans l'article de M. DEMOGUE, n'y a-t-il pas des hésitations ? Le retour partiel de M. SALEILLES à la théorie de la subrogation-fiction, ne recèle-t-il pas quelque chose d'inexpliqué ? Si la subrogation est une réalité économique, ou plutôt la traduction juridique d'un phénomène économique, pourquoi ne conserverait-elle pas ce caractère dans les cas admis par la loi et réservés à son domaine comme dans les hypothèses où la volonté des parties est présumée. Enfin, dans l'article de M. DEMOGUE, nous trouvons une formule qui constate un résultat sans l'expliquer par elle-même : *Lorsque dans un intérêt de crédit, dit-il, la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi.* Il est vrai qu'avant d'aboutir à cette formule, M. DEMOGUE nous indique comment il y parvient : c'est par la théorie de l'enrichissement sans cause. Mais si la théorie de la subrogation réelle trouve sa cause première dans la théorie du non enrichissement sans motif juridique, la confusion entre les deux théories nous semble erronée. A l'état de

théorie originale, l'enrichissement sans cause rend seulement créancier. Mais, nous l'avons vu, cette théorie peut être complétée par la subrogation réelle, comme le fait le Code civil allemand qui donne un effet réel à l'enrichissement sans cause. Les deux théories restent pourtant distinctes. Dès lors, il importe de connaître les idées directrices autour desquelles se groupent les cas de subrogation réelle. L'une est la valeur d'affectation et l'autre, à l'avis de M. DEMOGUE semble être le non enrichissement sans cause, ce qui nous paraît être une confusion. Mais alors quelle est la deuxième idée directrice qui inspire la détermination des cas de subrogation réelle ? Car la première idée ne les explique pas tous.

IV.— Ceci nous amène à l'étude de la théorie d'un auteur des plus considérables, de l'opinion de M. Planiol. Mais comme nous nous rangeons à son avis, il nous a paru bon de l'expliquer à part, sous la forme d'une théorie générale de la subrogation réelle.

SECTION III

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE

C'est l'explication des règles générales et des idées directrices dont s'inspirent les législations française et allemande actuelles dans la détermination des principaux cas de subrogation réelle.

Ceux-ci peuvent tous se grouper autour des deux principes suivants :

§ I.— *Il y a subrogation réelle quand on se trouve en présence d'une valeur soumise à une affectation spéciale.*

§ II.— *Il y a subrogation réelle s'il y a une masse de biens sujette à restitution.*

§ I. — IL Y A SUBROGATION RÉELLE QUAND ON SE TROUVE EN PRÉSENCE D'UNE VALEUR SOUMISE A UNE AFFECTATION SPÉCIALE.

A part quelques rares exceptions (1) aussi bien en France qu'en Allemagne, la loi permet d'affecter une valeur à un but déterminé, à une destination spéciale. Par conséquent, elle doit procurer les moyens de conserver, de maintenir intacte cette valeur. Le meilleur procédé d'obtenir ce résultat est une large pratique de la subrogation réelle. Un ensemble de biens ou même un seul bien représente la valeur affectée à une destination spéciale. Mais, si la valeur abstraite prise en considération par les parties ou par un individu reste invariable, les biens qui l'extériorisent sont sujets aux variations plus ou moins fréquentes, plus ou moins rapides de la hausse et de la baisse, peuvent diminuer de valeur. Il était donc

(1) En France, la réalisation de la fondation par voie directe est interdite à cause de nos idées courantes sur la personnalité morale. Mais, d'une manière générale, l'affectation de biens à une destination spéciale est admise implicitement (biens dotaux, biens de famille, biens réservés, etc.).

indispensable d'autoriser la personne chargée de sauvegarder l'affectation à aliéner les biens ou le bien qui menacent de périr pour en acquérir de nouveaux, dont la valeur sera momentanément plus stable. Indépendamment même de tout risque de perte, le bien ou les biens représentant la valeur d'affectation peuvent être expropriés, incendiés, détruits par un tiers. Dans ces circonstances, l'unique moyen d'obtenir la conservation de la valeur soumise à tel ou tel but, n'est-il pas de permettre à l'indemnité d'assurance, d'expropriation de prendre le lieu et place du bien incendié ou exproprié et de représenter, comme lui, la valeur d'affectation? Donc, lorsque la loi admet la possibilité de l'affectation d'une valeur à telle ou telle destination, quand elle autorise la conservation d'une valeur qui sera chargée, par les revenus produits par elle, de subvenir à une charge déterminée, elle est amenée à consacrer les moyens tels que la subrogation réelle, aptes à faciliter l'autorisation qu'elle accorde, sans quoi la faculté qu'elle confère aux parties serait toute platonique. Les parties utilisent donc la permission de la loi en destinant leurs biens à tel ou tel emploi, tel usage, puisqu'elles affectent une valeur au but admis par la loi. Ainsi il est possible aux particuliers de vouer une valeur de..... à l'exécution de telle ou telle fonction du patrimoine. Dès lors, peu leur importe les biens, qu'ils ne prennent en considération que parce qu'ils représentent une valeur. La valeur abstraite les intéresse plus particulièrement ainsi que la fonction à laquelle on la destine.

Nombreuses sont les affectations de valeur permises par la loi. Multiples sont les missions qu'un ensemble de biens ou même un seul bien peut être appelé à remplir. Les diverses charges auxquelles les biens sont soumis correspondent aux diverses fonctions du patrimoine. Et ce sont précisément ces diverses fonctions que remplissent les biens, qui attribuent à ces derniers telle ou telle qualification comme celles de bien propre, bien dotal, bien grevé de substitution, bien réservé, bien de fondation. Cela nous montre pourquoi certaines qualités qui ne correspondent pas à l'affectation d'un bien à une fonction déterminée, sont intransmissibles. En effet en qualifiant un bien meuble ou immeuble, on ne s'est pas préoccupé de la valeur qu'il représente, mais de sa manière d'être matérielle, de sa nature; on a cherché à préciser sa condition juridique d'après sa nature elle-même.

Rappelons rapidement les cas de subrogation réelle qui se groupent autour du principe de la valeur d'affectation : Le transfert de la qualification de bien propre se produit parce que les époux, dans leur contrat de mariage, ont affecté une valeur à une destination spéciale. Les biens propres ne peuvent être engagés sans la volonté de leur propriétaire. Ils constituent un fonds de réserve par rapport aux conquêts en cas de gestion imprudente du mari. Les biens réservés représentent une valeur affectée à l'administration, aux pouvoirs d'aliénation à titre onéreux, à la jouissance de la femme. C'est une valeur commune destinée à être séparée de la

gestion des autres biens communs par le mari. Quand on stipule qu'un bien sera inaliénable c'est une valeur que l'on veut protéger à travers ce bien ; de par la volonté d'un individu une valeur est rendue indisponible pour être affectée à une destination qui varie suivant les cas. La transmission des qualités de bien grevé de substitution, de bien insaisissable, de bien dotal, de bien de fondation, s'explique par le désir que l'on a de maintenir une valeur déterminée affectée à la restitution aux appelés, à l'usage de la famille, au service des malheureux. Si l'on reporte le droit du créancier privilégié ou du créancier hypothécaire sur l'indemnité d'assurance (on devrait agir ainsi pour toute indemnité de réparation du dommage causé à un bien), n'est-ce pas parce qu'il était convenu entre ce créancier et son débiteur qu'une valeur déterminée lui serait spécialement affectée ?

La même interprétation large guide le Code civil allemand pour la transmission des qualités-fonctions, parce qu'il voit en elles la manifestation d'une affectation spéciale (1).

Mais cette affectation d'une valeur à un but déterminé, qui se traduit juridiquement par le transport d'une qualité d'un bien à un autre, qui peut rendre un bien indisponible, inaliénable, insaisissable, qui modifie en tous cas les pouvoirs d'alié-

(1) Exceptionnellement nous trouvons l'interprétation restrictive pour le transfert de l'hypothèque du bien détruit sur l'indemnité de réparation.

nation et d'administration qu'une personne déterminée aurait eu sur ce bien sans l'affectation spéciale à laquelle il est destiné, intéresse les tiers au plus haut point. On doit prévenir les acquéreurs éventuels qu'un bien, qui a toutes les apparences pour être conquêt ou paraphernal, sera propre ou dotal, c'est-à-dire sera désigné à la place d'un bien qui a été aliéné, pour donner une forme extérieure à la valeur propre, à la valeur dotale. Il faut avertir d'avance les créanciers que ce sera tel ou tel bien qui représentera une valeur indisponible, insaisissable, destinée à être rendue aux appelés, à faire vivre la famille, à secourir des malheureux. Donc, indépendamment de la publicité de droit commun concernant le transfert de propriété, les substitutions, etc., une publicité spéciale, dont le but sera de désigner aux tiers le bien qui représente la valeur d'affectation, deviendra la plupart du temps nécessaire.

Cependant dans l'échange elle sera inutile, puisque cet acte indique par sa structure même, la filiation entre le bien nouveau et le bien ancien que les tiers savaient être affecté à un but déterminé, par l'examen du contrat de mariage ou par une publicité spéciale (substitution) ou même par l'ordre de choses établi (fondation).

Mais il n'en est plus ainsi dans les cas beaucoup plus nombreux où le bien ancien affecté à telle destination a été en tout ou partie vendu, exproprié, sinistré et, par suite, transformé en une somme d'argent. L'acquisition d'un nouveau bien destiné à

remplacer l'ancien, à remployer cette somme d'argent, à reconstituer en un bien la valeur d'affectation, ne révèle pas par elle-même le rôle que remplira le nouveau bien. Dans l'échange aliénation et acquisition étaient rapprochées dans un même acte. La filière de la valeur d'affectation pouvait se suivre facilement. Mais ici les deux opérations qui étaient combinées dans l'échange, sont scindées, s'exécutent l'une après l'autre. La seconde perd le souvenir de la première. Aussi la deuxième opération de la filière doit-elle rappeler les éléments essentiels de la première. Il faut déclarer dans l'acte d'acquisition que le nouveau bien est acquis des deniers provenant de l'ancien (qui subissait telle affectation) et affirmer qu'il est acquis en emploi de ces deniers.

Cette double déclaration, cette forme de publicité est indispensable dans tous les cas de subrogation réelle où il y a valeur d'affectation (1). Car toute

(1) Le seul cas de subrogation réelle se rattachant à l'idée de valeur d'affectation, qui fait exception à cette règle, c'est le cas prévu par la loi de 1907 concernant les biens réservés. Pour que cette qualité se transmette d'un bien à un autre même vis-à-vis des tiers, il n'y a pas besoin de la double déclaration que nous venons d'indiquer. La femme n'a qu'à prouver l'origine des deniers qui ont servi à l'acquisition du bien réservé, preuve d'ailleurs qu'elle peut administrer par tous les moyens possibles exception faite de la preuve par commune renommée. Il est vrai que le législateur a l'air de se placer au point de vue de la restitution des biens réservés plutôt qu'au point de vue de leur affectation spéciale, qu'il semble considérer cette question comme une question d'origine de biens.

valeur d'affectation suppose l'attribution à un bien d'une qualité qui a des conséquences juridiques immédiates (1), dont il faut prévenir les tiers.

Nous avons vu qu'il y avait subrogation réelle quand on se trouve en présence de biens soumis à une affectation spéciale. Même un bien isolé peut être l'occasion de la subrogation réelle, s'il représente une valeur d'affectation et si un bien nouveau vient le remplacer.

En tous cas il faut que l'intention des parties d'affecter une valeur à un but déterminé soit nettement exprimée, se montre clairement. Car la simple donation avec charges ne donne pas naissance à la subrogation réelle. Imposer une condition à une donation, cela ne veut pas dire qu'on ait considéré le bien comme simple représentant d'une valeur d'affectation. En conséquence, une fois la donation révoquée, les héritiers du donateur ou du testateur n'agiront pas comme propriétaires du bien nouveau, mais se porteront simplement créanciers du donateur infidèle. Donc, pour qu'il y ait subrogation réelle, il faut que les parties n'aient considéré un bien ou un ensemble de biens que comme représentant une valeur affectée à telle ou telle destination.

Cette remarque nous explique peut-être l'antagonisme apparent qui existe entre un arrêt de la cour de Dijon, du 30 juin 1893 (déjà cité) S. 94. II. 185.

(1) Dans les cas de subrogation réelle se rattachant à l'idée d'origine de biens, ordinairement la subrogation réelle n'a pas des conséquences immédiates vis-à-vis des tiers. Ses résultats ne se dévoilent qu'au moment de la restitution.

et un arrêt de la Cour de cassation, du 1^{er} août 1910, *Gazette du Palais*, 1910. II. 287 ; arrêts que nous avons analysés dans notre première partie. L'arrêt de la cour de Dijon admit la subrogation réelle parce que les parties avaient bien eu l'intention (c'était d'ailleurs prouvé) de créer une valeur d'affectation, d'établir une fondation. Au contraire, la Cour de Cassation rejeta l'application de la subrogation réelle, dans une hypothèse analogue, parce qu'en fait il n'y avait eu qu'une simple donation avec charge, donation d'un bien en grevant le donataire d'une obligation, parce qu'il n'y avait pas fondation. Dès lors, la Cour suprême, qui ne connaît que le point de droit et qui constatait qu'il n'y avait pas valeur d'affectation, écarta la théorie de la subrogation réelle.

Il dépend donc des parties d'admettre ou d'écarter la théorie de la subrogation réelle en ne créant pas une valeur d'affectation. Mais lorsqu'il y a valeur d'affectation, l'application de la subrogation réelle s'impose. (Nous nous expliquerons d'ailleurs sur ce point). Le juge du fait interprétera souverainement la question de savoir si les parties ont voulu établir une valeur d'affectation ou si elles ont entendu seulement grever d'une charge le donataire d'un bien.

Mais, en faisant application de cette dernière observation, ne peut-on pas soutenir, comme l'a fait M. STORA, qu'il y aura subrogation réelle quand la volonté l'aura exprimé et que cette théorie se ramène à une question d'interprétation de volonté ? Il nous semble que non. Car la volonté, pour aboutir à la subrogation réelle, a dû se conformer au cadre de la

valeur d'affectation. (Et l'interprétation de volonté portera sur ce point). On ne peut pas dire : Il y a subrogation réelle, parce que les parties l'ont voulu. Leur désir n'aboutirait pas, si des termes, des expressions qu'elles ont employés, il ne ressortait pas clairement qu'elles ont affecté une valeur à un but déterminé. Mais une fois admis que la volonté a bien voulu créer une valeur d'affectation, la subrogation réelle s'impose. Le juge n'est plus libre de discuter sur l'interprétation de la volonté des parties pour savoir si elles ont voulu faire appliquer ou non la théorie de la subrogation réelle. En d'autres termes, l'autonomie de la volonté des parties a pleine efficacité pour déterminer s'il y a création d'une valeur d'affectation. Mais, ceci fait, l'autonomie de la volonté est mise à l'écart. Le moule, qu'elle a choisi, l'entrave. La subrogation réelle s'impose à la volonté qui ne peut plus rien contre elle.

Il y a donc une différence entre les deux théories. L'une précise plus que l'autre. Le juge, constatant qu'il y a valeur d'affectation, ne pourra pas écarter l'application de la subrogation réelle ; tandis qu'avec la théorie contraire il pourrait dire : *Peu importe qu'il y ait ou non valeur d'affectation, si l'intention des parties n'a pas été de produire la subrogation réelle.* En d'autres termes, la théorie de l'interprétation laisse complète et indéfinie liberté d'appréciation au juge ; la théorie de la valeur d'affectation le lie. Et n'est-ce pas chose excellente. Lier le juge, c'est écarter l'arbitraire. Le rôle du législateur et de l'interprète doctrinal comporte avant tout cette mis-

sion. Le législateur enchaîne le juge; la doctrine montre qu'il y a possibilité de l'enchaîner par le texte même de la loi ou par une théorie de bon sens implicitement consacrée par elle.

II. IL Y A SUBROGATION RÉELLE S'IL Y A UNE MASSE DE BIENS SUJETTE A RESTITUTION

Car il y a des cas de subrogation réelle qui sont étrangers à toute idée de valeur d'affectation.

C'est la substitution d'un bien à un autre, non pas parce que le nouveau bien représente, comme l'ancien, une valeur affectée à tel ou tel but, mais parce qu'il est équitable qu'un bien soit restitué à la place de celui qu'il représente dans le patrimoine. Et pourquoi cela? C'est que le bien nouveau trouve sa source, son origine dans le bien ancien (1). En effet, le bien nouveau ne se serait pas trouvé dans le patrimoine si le bien ancien n'y avait pas été. L'un est l'antécédent de l'autre. Avec l'argent ou la valeur de l'un, l'autre a été obtenu. Il y a une réclamation de propriété qui entraîne la restitution d'un patrimoine

(1) Cela s'applique non seulement au bien acquis par acte juridique avec les deniers provenant de l'ancien, mais aussi aux indemnités de réparation (indemnité d'expropriation, d'assurance, indemnité due par un tiers).

si l'on prouve l'origine, le précédent de chacun de ses éléments. (1)

Mais, pour que puisse valoir cette restitution d'un bien à la place de celle d'un autre bien, encore est-il nécessaire que l'on se trouve en présence d'une universalité, et c'est là que s'applique l'ancien adage : *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei, et res loco pretii*. Par suite, si l'on se trouve en présence d'un bien isolé, et que se pose une question de restitution, le réclamant sera simplement créancier de l'enrichissement sans cause du non ayant

(1) M^e PLANIOL ne semble pas exiger cette preuve spéciale de l'origine du bien. *Il n'y a qu'une réclamation de propriété entraînant la restitution en masse de tout un patrimoine*, dit-il, *ce qui domine, c'est la question d'origine : doit être restitué tout ce qui provient de l'hérédité ou du patrimoine de l'absent*. D'après ce passage de sa note au D. 02. I. 33, on pourrait croire que le réclamant n'aurait à rapporter que la preuve suivante : Une valeur de ... est entrée dans le patrimoine du non ayant droit, dirait le réclamant ; en conséquence, je suis propriétaire des biens acquis avec cette valeur, à concurrence de cette valeur elle-même, mais sans avoir à prouver l'origine de chaque bien. A notre avis, cette conception, si elle a été soutenue, nous inspire quelques doutes. Comment admettre que le réclamant puisse être propriétaire d'un ensemble de biens correspondant à une valeur de ... ? Mais alors, il pourrait, de cette façon, s'emparer, comme propriétaire, des biens dont le non ayant-droit était propriétaire avant d'entrer en possession.

Aussi, nous semble-t-il nécessaire, que pour chaque bien réclamé, le vrai propriétaire fasse la preuve de l'origine de l'objet revendiqué, démontre sa filiation, il est vrai, par tous les moyens possibles. Mais c'est un point que nous allons envisager plus loin.

droit (enrichissement qui sera présenté tantôt par le bien lui-même, tantôt par le prix de ce bien, tantôt par une indemnité de réparation, tantôt par un bien nouveau). C'est la théorie du non enrichissement sans cause qu'il faut appliquer ici et non celle de la subrogation réelle. Nous avons vu plus haut que le Code civil allemand, même dans la restitution d'un bien isolé ou de son équivalent, admettait que le vrai propriétaire se réclame d'un effet réel (art. 816 à 818 sur l'enrichissement sans cause). Dans le Code civil allemand la théorie de la subrogation réelle n'est pas limitée aux universalités. Sa sphère d'application concerne toutes les restitutions d'universalités ou de bien isolé. Ainsi, l'effet réel de la subrogation réelle sert de complément à la théorie du non enrichissement sans cause, qui devient un principe d'équité.

On fut amené, dans les deux législations, à admettre la restitution du bien acquis avec l'argent ou la valeur provenant de l'ancien parce qu'on voulait, dans l'intérêt du crédit public, rendre valables *erga omnes* les aliénations consenties par le non-propriétaire. Dès l'instant que l'opération ancienne était maintenue, il était équitable que le vrai propriétaire puisse trouver dans un bien nouveau dont il serait propriétaire l'équivalent du bien ancien aliéné.

Mais ici, le phénomène de subrogation réelle qui est un résultat, ne dépend en aucune manière de la volonté des parties. Le principe de l'autonomie de la volonté est franchement écarté. Nous avons remarqué plus haut que les parties étaient libres d'admet-

tre ou non la subrogation réelle en créant ou non une valeur destinée à telle ou telle affectation; nous avons vu aussi que cette valeur d'affectation une fois établie, la subrogation réelle s'imposait. Or, dans cette deuxième série de cas d'application de notre théorie, quand il s'agit de la restitution d'une masse de biens, la subrogation réelle est obligatoire. Il n'y a pas de moyen de l'éluder, ni directement, ni par voie détournée. Le droit de propriété du véritable ayant droit se reporte d'un bien à un autre, cela contre le gré du détenteur qui ne peut pas garder le bien nouveau en fournissant une somme d'argent, et contre le gré du vrai propriétaire qui ne peut pas refuser le bien nouveau pour réclamer l'ancien (les tiers seraient lésés). Créer une valeur d'affectation dépend de la volonté des parties. Être obligé à telle ou telle restitution est une chose qu'elles ne doivent pas pouvoir déterminer comme elles l'entendent.

Après ces considérations générales il faut établir la liste des cas qui se classent autour de cette idée directrice de restitution d'un bien à cause de son origine. Le transfert de l'effet déclaratif d'un bien à un autre n'a qu'un but : faire obtenir le prix d'adjudication à son véritable ayant droit d'après le partage, à celui qui à la suite de cette opération aurait eu dans son lot l'immeuble successoral représenté aujourd'hui par le prix d'adjudication. Or, la source, l'origine du prix d'adjudication n'est-elle pas l'immeuble successoral, qui aurait pu être attribué à un seul des cohéritiers? Il est difficile d'en douter. L'indemnité d'assurance, qui représente l'immeuble donné incendié,

sujet à rapport, doit être rapportée à la masse successorale, parce qu'elle a sa cause, son origine dans le bien sinistré, et parce qu'on se trouve en présence d'une universalité, la masse successorale. L'application de notre théorie à la succession revendiquée par l'héritier véritable, à la masse de biens réclamée par l'absent de retour, ne présente aucune difficulté. Il est évident qu'il s'agit là d'un ensemble de biens sujets à restitution. Et comme les aliénations des biens successoraux faites à des tiers de bonne foi par l'héritier apparent, que les actes de disposition faits par l'envoyé en possession sur les biens de l'absent sont valables dans l'intérêt du crédit public, il était de toute nécessité de faire reporter le droit de propriété de l'héritier véritable, de l'absent de retour, sur les biens qui ont la source, l'origine de leur acquisition dans la valeur, l'argent des biens aliénés. Enfin, la loi qui voit dans la succession anormale une petite masse successorale à part, la jurisprudence qui assouplit et élargit les conditions d'exercice du droit de retour légal, font admettre l'application de la subrogation réelle à cette matière. Le bien nouveau sur lequel va s'exercer le droit de retour sera restitué à la place du bien sur lequel portait au début le droit de retour, parce qu'il a son origine dans le bien ancien. Il faudrait peut-être en dire autant de l'indemnité de réparation versée à la place du bien sur lequel s'exerçait un droit de retour conventionnel. L'origine de l'indemnité de réparation se retrouve dans le bien sinistré. Il serait donc équitable de la faire restituer à la personne qui aurait bénéficié de

l'exercice du retour conventionnel, si le bien n'avait pas péri. Mais les raisons de douter proviennent de ce que notre législation, au dire de M. Planiol, n'admet l'application de la subrogation réelle que dans les universalités quand elle a pour cause une question d'origine de biens. Remarquons cependant qu'il n'y a pas un obstacle insurmontable à admettre ce phénomène, même dans les restitutions d'équivalences de biens isolés, puisque le Code civil allemand pratique ce point de vue dans sa théorie du non enrichissement sans cause juridique (1).

A quelles conditions le droit de propriété de l'héritier véritable, de l'absent de retour, etc., va-t-il du bien ancien aliéné se reporter sur le bien nouveau, de façon à ce que celui-ci puisse être réclamé par l'ayant droit? Faut-il exiger l'accomplissement de la formalité de la double déclaration, comme lorsqu'on veut que la valeur d'affectation se transporte d'un bien à un autre? La plupart des auteurs exigent cette

(1) On aurait pu classer en cette partie les cas de subrogation réelle concernant les substitutions, les fondations. Il aurait été possible de les envisager au point de vue de la restitution. Mais l'attribution de ces qualités a un effet antérieur et indépendant de la restitution (au point de vue des pouvoirs qu'elles accordent à telle ou telle personne), effet qui démontre l'affectation des biens de substitution ou de fondation à un but déterminé. C'est pourquoi il nous a semblé préférable de classer ces cas de subrogation réelle dans la première catégorie. Il en est de même d'un cas prévu par la loi de 1907, où le législateur lui-même paraît s'attacher à une question d'origine, alors qu'à notre avis il s'agit plutôt de valeur d'affectation. Nous avons nommé les biens réservés.

complète publicité. A notre avis, elle est exagérée : Exiger la double déclaration en cette matière pour l'efficacité de la subrogation réelle, n'est-ce pas permettre à l'envoyé en possession, à l'héritier apparent de modifier comme ils l'entendent, les restitutions qu'ils ont à effectuer ? Pour ce faire, ils n'ont qu'à éviter soigneusement d'accomplir les formalités de la double déclaration. On dit : Mais ces formalités sont demandées dans l'intérêt des tiers, pour qu'ils ne soient pas évincés par l'héritier véritable, par l'absent de retour. Mais on oublie que les droits réels conférés, sur les biens primitifs ou leurs suppléants dans toutes ces hypothèses (1), par le possesseur, qui devra plus tard restituer, ne disparaissent pas rétroactivement, mais au contraire subsis-

(1) Cependant des doutes s'élèvent, quand il s'agit du retour conventionnel. Si l'on subroge l'indemnité d'assurance ou d'expropriation au bien primitivement grevé du droit de retour, si le droit de retour peut s'exercer par la suite sur le bien acquis au moyen de cette indemnité d'assurance ou d'expropriation, comme ce droit a toujours un effet rétroactif et rend caducs tous les droits réels consentis sur ce bien, il nous a semblé indispensable de prévenir les tiers du sort qui est réservé aux droits réels qui leur sont consentis ; et le plus sûr moyen de les avertir du danger qu'ils courent est d'imposer la nécessité de la double déclaration dans l'acte d'acquisition du bien qui sera payé avec les deniers fournis par l'Etat, la Commune ou la Compagnie d'assurances. Ainsi, en consultant avant de faire crédit le titre de propriété de leur futur débiteur, ils sauront que le bien remplace un bien sinistré ou exproprié sujet au droit de retour, et comme lui susceptible d'être repris rétroactivement par le donateur.

tent intégralement. Quant aux créanciers chirographaires, ils n'ont pas le droit de se plaindre, puisque, si les biens étaient restés intacts, n'avaient pas été aliénés, le vrai propriétaire les reprendrait, sans qu'au préalable les créanciers soient prévenus du danger d'éclipse couru par leur gage.

A notre sens, pour que s'opère la subrogation réelle, pour que l'absent de retour ou l'héritier véritable ou l'ascendant donateur par exemple puissent revendiquer d'autres biens que ceux qui sont sortis de leur patrimoine, il faut, et il suffit, qu'ils puissent prouver l'origine du bien qu'ils revendiquent, sa filiation matérielle, et qu'ils fassent cette preuve pour chaque bien réclamé pris individuellement. Il sera d'ailleurs permis de rapporter cette preuve par tous les moyens possibles, sauf par la commune renommée considérée ordinairement par la loi comme une véritable peine. Le législateur lui-même nous semble avoir consacré cette manière de voir en 1907 : A propos des biens réservés, où il envisage une question de restitution, il dit dans l'article 4 de la loi du 13 juillet 1907 : *En cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.*

.

Les conceptions en matière de subrogation réelle ont beaucoup varié suivant les époques. De fiction, elle devenue réalité économique, parce que c'est un procédé juridique qui répond admirablement aux

exigences de la richesse individualiste moderne : conservation d'une valeur à travers les transformations rapides et continuelles des éléments du patrimoine.

APPENDICE

Dans notre théorie générale, comme un peu partout au cours de ce travail, nous avons signalé qu'un des caractères de la subrogation réelle consistait dans le transfert d'un droit réel d'un bien sur un autre. C'est la plupart du temps le droit de propriété qui est transporté d'un objet à l'autre. Parfois, on permettra à un propriétaire, à un créancier privilégié de prélever, de préférence aux créanciers chirographaires, une somme fixe à prendre sur le bien qui est venu remplacer la chose sur laquelle portait primitivement leur droit. La théorie de la dot incluse consiste à rendre la femme créancière privilégiée d'une somme d'argent qu'elle retirera du paraphernal avant toute autre personne. Le privilège du vendeur de fonds de commerce qui, aux termes de la loi du 17 mars 1909, affecte les éléments incorporels, le matériel et les marchandises avec fixation de prix distincts, se reporte respectivement sur le matériel et les marchandises qui ont été renouvelés, donc sur des objets nouveaux à concurrence des prix fixés au moment de la vente. Le droit réel se transporte d'un objet sur un autre ; mais c'est toujours la même somme d'argent

qui est réclamée. On ne court plus la chance de hausse, ni le risque de baisse du droit de propriété. Aussi a-t-on appelé cette opération subrogation en valeur.

Souvent un droit de créance vient prendre la place d'un droit réel qui disparaît par suite de l'omission de formalités nécessaires pour qu'il soit transporté d'un bien à un autre. Par exemple, si le remploi n'est pas effectué régulièrement, le droit de propriété de la femme s'évanouit, ne se reporte pas sur le nouveau bien ; en revanche, elle devient créancière, a droit à une récompense. Phénomène de subrogation en valeur, affirme-t-on ; à notre avis, c'est subrogation en créance qu'il faut dire ; car ainsi on évite une confusion que l'on fait trop souvent en considérant comme équivalentes la théorie de la dot incluse et celle des récompenses. Sans doute, dans les deux cas, la femme a droit à une somme fixe à la place de son droit de propriété. Mais la théorie de la dot incluse lui donne une situation privilégiée à l'égard des autres créanciers ; tandis que la théorie des récompenses la rend simplement créancière de la communauté. Aussi viendrait-elle, au marc le franc, en concours avec tous les autres créanciers de la communauté et du mari.

Donc, dans la subrogation en créance, si on en admet l'existence ; c'est un droit réel qui disparaît et qui est remplacé par un droit de créance (1).

(1) Le phénomène inverse peut se produire. A l'examen du rapport de M. RAYNAL au comité judiciaire de législa-

Ou bien à la suite d'un délit, à la suite d'un enrichissement injuste, une créance en indemnité prend naissance au profit de la victime, au profit de la personne qui subit l'appauvrissement.

Dans toutes ces hypothèses, il y a quelque apparence du phénomène de subrogation. Le droit réel, qui reposait sur un bien, s'évanouit et se reporte sur un ensemble de biens en devenant droit de créance.

En tous cas, à la suite de la perte non motivée d'une richesse (destruction d'un bien, destruction de l'activité d'un individu, enrichissement sans cause), apparaît une créance. Disparition injuste d'un élément de richesse, apparition d'un autre élément de richesse, la créance en indemnité. Le phénomène de subrogation rétablit l'équilibre entre les droits. Devenir créancier à cause d'un délit dont on a souffert, d'un enrichissement sans cause que l'on a procuré, cela signifierait que l'acquisition d'un élément d'avoir aurait sa source dans la perte d'un élément de

tion (numéro quotidien du 10-11 décembre 1911 de la *Gazette du Palais*), il est clair que le droit de gage de la victime d'un accident (ou si c'est un ouvrier, le privilège) se reporte de l'indemnité due par l'auteur de l'accident sur l'indemnité d'assurance que la Compagnie lui doit. M. RAYNAL ne s'en tient pas là : il veut que la créance de la victime sur la Compagnie d'assurances soit privilégiée. Un droit réel sur l'indemnité d'assurance est donc au profit de la victime substitué au droit de créance sur l'indemnité due par l'auteur de l'accident. Mais il y a plutôt création d'un privilège qu'une sorte de subrogation réelle.

richesse ; activité productive (travail) ou réalisée (bien).

Voilà l'examen de tendances disposées à trouver dans toutes ces hypothèses un phénomène de subrogation se rapprochant de la subrogation réelle. Ce serait la subrogation en créance.

Pour mieux examiner cette question, il nous faut la sérier et la poser sous la forme suivante : Y a-t-il subrogation dans le fait qu'un droit de créance sur un ensemble de biens sur le patrimoine, se substitue à un droit réel sur un objet précis ? C'est toujours un droit qui se reporte d'un bien sur d'autres biens au profit de la même personne. Pourquoi n'y aurait-il pas subrogation en créance ?

A priori, on ne voit pas d'où proviendrait l'obstacle. On transfère un droit réel d'un bien sur un autre. Pourquoi ne pas transporter un droit de créance d'un objet sur un autre ? Est-il possible d'admettre deux poids, deux mesures ?

A cela on est tenté de répondre : Mais à quoi bon reporter le droit de créance sur un autre bien, puisque, par sa nature et par le sens de l'article 2092, il affecte directement tous les biens qui entrent dans le patrimoine. Donc si un individu voit disparaître d'un bien son droit réel, il obtient à la place un droit de créance portant sur l'ensemble du patrimoine. Rien que de très naturel. C'est l'application pure et simple du droit de gage général du créancier chirographaire. La subrogation localise un droit sur un bien et par suite fait antithèse à l'article 2092.

Si l'on admet le bien fondé de cet argument,

comment expliquer pendant la première période de notre ancien droit l'absence complète de récompense au profit de la femme, quand un de ses propres avait été aliéné ? On l'explique, dit-on, par le fait que la femme ne devenait pas créancière dans nos anciennes coutumes, tandis que plus tard elle le devint.

Mais ne pourrait-on pas soutenir que si l'article 2092 s'applique, c'est qu'au préalable la subrogation en créance lui a permis de s'exercer ? En tous cas, il est toujours possible d'en revenir au raisonnement suivant : Le droit réel de propriété que possédait la femme sur son bien propre ne s'est pas évanoui d'une manière complète et définitive. Son existence antérieure donne naissance à un droit de créance. Dans le patrimoine de la femme, par exemple, un droit de créance a pris le lieu et place d'un droit réel. Or, n'est-ce pas là un phénomène de subrogation ?

D'après cette tendance, la théorie délictuelle et la théorie du non enrichissement sans cause, ne seraient que des émanations du principe que toute richesse qui se perd, que ce soit l'activité humaine, c'est-à-dire le capital en puissance ou le capital réalisé, le bien, doit être remplacée par une nouvelle richesse, s'il n'y a pas un juste motif de sa perte. Et celui qui procurera le nouvel avoir, sera celui qui fut la cause de la perte éprouvée par la victime.

Théorie pure que tous ces développements, est-on tenté de dire. Cependant, l'importance pratique de ces quelques explications se dévoile, à notre avis, assez clairement : Nous n'en voulons pour preuve qu'une parcelle de la théorie des récompenses. Si

l'on admet les idées exposées ci-dessus, toutes les fois qu'un élément de richesse du patrimoine de l'un des deux époux s'évanouira sans motif, il sera remplacé par un droit de créance s'il ne peut l'être par un droit réel. La subrogation en créance joue le rôle de succédané de la subrogation réelle (en droit réel). Faisons l'application de ces idées à deux hypothèses assez délicates de la théorie des récompenses :

1^o Un bien propre de l'un des époux, d'un revenu de 2.000 francs est vendu moyennant une rente viagère de 3.000 francs. La communauté qui a droit à tous les revenus des biens des époux comme usufruitière, va gagner 1.000 francs par an au détriment de l'époux vendeur. Celui-ci aura-t-il droit à récompense ? Après de nombreuses hésitations la jurisprudence répondit par l'affirmative. Cas., 8 avril 1872. D. 72. I. 108. M. PLANIOL (1) critique cette solution : *Les biens de toute nature, dit-il, fournissent des revenus qui sont essentiellement variables ; la valeur des choses dépend à la fois du chiffre de leur rendement annuel et de leur durée probable. Le propriétaire peut, à volonté, augmenter ou diminuer son revenu en modifiant la sécurité du placement. Si les époux ne sont pas garants envers la communauté du chiffre de leurs revenus, la communauté de son côté ne leur est redevable en rien des bénéfices annuels qu'elle a pu faire par suite d'une élévation des revenus.*

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e édition, tome III, page 172, Paris 1908.

Bien qu'il soit fort téméraire de notre part d'aller contre la doctrine enseignée par le savant professeur, il nous semble que des objections se dressent contre elle : Certes, en normale la communauté ne doit pas compte aux époux de l'élévation des revenus de leurs biens. Dans la série des mouvements de capitaux qui s'opèrent durant la vie commune, les uns voient augmenter leurs revenus, les autres les voient diminuer. Mais lorsqu'un acte d'ordre exceptionnel est passé et qu'il a pour effet de réduire à néant le propre de l'un des époux, tandis que la communauté bénéficie de la disparition de ce capital, n'est-il pas équitable de permettre à l'époux d'exercer une récompense ?

D'ailleurs, supposons qu'un des époux influencé par l'autre veuille tourner la disposition de l'article 1096, 1^{er} alinéa, admettons qu'il ait le désir de faire une donation irrévocable au profit de l'autre conjoint, il en a le moyen avec la théorie de M. PLANIOL. Il aliénera son propre à rente viagère. Ainsi, l'autre époux, par l'intermédiaire de la communauté et par suite de l'écoulement d'un certain nombre d'années bénéficiera de la moitié du propre de l'autre époux ou de la totalité, s'il a été inséré à son profit dans le contrat de mariage une clause d'attribution de la totalité de la communauté. Et, en réalité, ce sera là une donation irrévocable, puisque de l'avis de M. PLANIOL il n'y a qu'une opération concernant le jeu des revenus. Que l'époux aliénateur répète ce procédé pour tous ses biens, et son patrimoine aura passé entre les mains de son conjoint sans révocation

possible de la donation indirecte comprise dans cette opération.

Enfin, cette théorie fait échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Si l'on admet la théorie de la subrogation en créance, on doit décider que l'époux vendeur aura droit en ce cas à une récompense.

En effet, un élément de richesse a disparu du patrimoine de l'un des époux sans qu'il ait eu une intention de libéralité et, s'il l'a eue, sans qu'il ait suivi le moule indiqué par la loi ; il faut donc remplacer son propre aliéné par un autre élément de richesse qui sera le droit à la récompense, une créance contre la communauté. Celui qui la devra sera d'ailleurs celui qui a profité de l'aliénation, c'est-à-dire la communauté.

20) Un des époux aliène un propre viager moyennant un capital en argent qui, comme tous les deniers, tombe en communauté. Cet époux a-t-il droit à une récompense ?

Lorsque l'époux qui a aliéné son propre viager survit, personne ne doute qu'il ait droit à une récompense, puisque s'il ne l'avait pas aliéné, il le reprendrait comme propre.

Mais si c'est lui qui décède le premier, d'après la Cour de cassation, ses héritiers n'ont droit à aucune récompense. Cas., 18 avril 1855 — D. 55. I. 177. En effet, dit la Cour suprême, si l'époux n'avait pas aliéné son propre viager, ce bien aurait disparu avec sa mort. En conséquence ; il est difficile de concevoir que ses représentants puissent se réclamer d'un droit à une récompense.

Raisonnement qui ne nous satisfait pas. Car l'époux qui a vendu son droit viager moyennant une somme d'argent tombée en communauté, n'a plus son bien propre. Et comment supposer que rien n'ait remplacé ce propre, pas même un droit à récompense. Il n'y a là qu'un droit viager, dit-on ; certes oui, mais le prix de son propre a dû à raison du caractère viager de son droit être notablement réduit. L'époux vendeur a payé le fait d'échanger une sécurité contre un aléa. Mais cette réduction subie, pourquoi ne pas vouloir admettre que le prix soit subrogé à un propre et que, s'il a été versé dans la communauté, récompense soit due de ce chef. On dit : Mais si l'époux avait gardé son droit viager, ses représentants, si c'est lui qui meurt le premier, n'auraient rien trouvé à son décès. A notre avis il est faux de se placer au moment du décès de l'époux pour juger si oui ou non il a droit à récompense. Sans doute la liquidation des reprises et des récompenses ne se fait qu'à la dissolution de la communauté, Mais qu'importe cela ? Ce sont des créances à terme incertain que les récompenses et les reprises. C'est au moment où la somme d'argent tombe dans la communauté que la créance commence à exister. C'est ce fait qui lui donne naissance. Un propre, un élément de richesse du patrimoine de l'un des époux a disparu ; une nouvelle richesse doit remplacer l'ancienne et c'est le rôle de la récompense. Et celui qui devra procurer cet élément de richesse, ce sera la personne qui a profité de l'ancien, la communauté. On peut donc soutenir que la créance de récompense a été subrogée au propre viager.

.....

En faisant l'étude de la subrogation réelle nous avons pris l'habitude de nous placer au point de vue du résultat acquis. Et c'est peut être la raison pour laquelle nous expliquons la théorie du non enrichissement sans cause et la théorie délictuelle par la subrogation réelle. Ce point de vue de la subrogation en créance est-il exact ? Que sçai-je disait Montaigne ?

.....

Nous nous sommes efforcés jusqu'alors de montrer la toute puissance de la subrogation réelle et de son succédané la subrogation en créance. Mais il est temps de conclure et nous allons mentionner un fait curieux, sa disparition dans certains cas.

Dans les droits réels et même dans les droits de créance, la subrogation est un instrument d'équité nécessaire. A toute richesse disparue, richesse nouvelle, voici l'idée dominante du régime des possessions. Mais à côté existe le régime des valeurs où l'aléa domine.

Dans ce régime, la conservation d'une valeur envers et contre tous ne subsiste plus. La subrogation en droits réels et en droits de créance dont c'était là le but principal disparaît.

Mais il nous faut fournir d'amples explications sur ce régime très discuté et d'une importance de tout premier ordre à cause de son développement formidable au cours du siècle dernier.

CONCLUSION

De plus en plus la fortune, la composition des patrimoines devient mobilière et se transforme en titres de bourse. On préfère aujourd'hui posséder des actions de sociétés immobilières plutôt que des immeubles. Déjà nombre de gens ont leur fortune immobilière en créances hypothécaires. La possession fait peur et le titre de propriétaire d'immeubles ne semble plus enviable. Les obligations du Crédit foncier constituent la propriété immobilière de beaucoup de Français. On s'éloigne de la possession directe et il semble plus utile à la plupart d'avoir les avantages de la possession par l'intermédiaire des titres de bourse. Voilà une des causes qui explique la crise immobilière.

Ainsi le capitalisme s'est transformé indépendamment des entreprises qui, par leur aspect colossal, ne pouvaient fonctionner que par l'Etat ou la constitu-

tion de grandes sociétés (Compagnies de chemins de fer et de grandes banques) ; il y eut un véritable engouement pour cette forme de la richesse. Car la réunion des capitaux grâce à elle, était rendue plus facile ; cette forme favorisait aussi la spéculation, l'âpre désir du gain. Nous sommes donc en droit de conclure qu'au cours du siècle dernier, soit par l'augmentation de l'esprit d'entreprise que suscitèrent la liberté du travail et la forme nouvelle du capitalisme, soit par la transformation elle-même des fortunes en titres de bourse qui en fut la conséquence, la propriété collective prit une extension formidable susceptible de bouleverser les principes juridiques admis jusqu'alors (1).

Ainsi fut constitué le régime des valeurs. La question qui nous intéresse est de connaître le rôle de la subrogation réelle en cette matière, ce qui nous sera possible lorsque nous aurons retracé les caractères de ce régime jusqu'alors peu étudié (2).

(1) M. Alfred Neymarck évalue à 815 milliards le chiffre des valeurs mobilières actuellement cotées et négociables sur les divers marchés financiers mondiaux (*Illustration* du 13 janvier 1912, page 38, 4^e colonne).

(2) Nous nous sommes fortement inspirés des travaux pleinement novateurs de M. Emmanuel Lévy, qui ont paru successivement dans une brochure et diverses revues. Ce sont : *Dans les cahiers du Socialiste*, la brochure *Capital et Travail*, Paris, 1909. Dans la revue de Métaphysique et de Morale, de mai 1911, *La transition du droit à la valeur* (Essais de définitions), et dans le numéro de la même revue de novembre 1910 *Le lien juridique*. Enfin dans la revue trimestrielle de droit civil du quatrième trimestre de 1910, sous le

Mais auparavant, il nous faut trancher une controverse qui est la base de tout le régime. C'est la question de principe, savoir, si la valeur peut se distinguer de la créance.

Donc, 3 divisions.

I. — ORIGINALITÉ DE LA VALEUR.

II. — CARACTÈRES DU RÉGIME DES VALEURS.

III. — DU RÔLE NÉGATIF DE LA SUBROGATION RÉELLE, DE SA DISPARITION DANS LE RÉGIME DES VALEURS.

Programme un peu long comme conclusion, mais cependant nécessaire : Si nous sommes obligés de donner une certaine extension à nos développements sur le régime des valeurs, nous ne croyons pourtant pas sortir de notre sujet, puisque nous le faisons pour aboutir à l'étude du rôle de la subrogation réelle en cette matière. Toutefois, comme nous nous trouvions en présence d'un régime peu étudié (1) jusqu'alors il nous a paru indispensable d'examiner l'élément distinctif de la valeur et de décrire les caractères de ce régime.

chapitre Variétés : *La confiance légitime*, où le savant professeur donne les définitions du contrat, de la personnalité et du patrimoine, qui semblent correspondre au nouvel état de choses.

(1) Le grand Goethe disait, il y a près d'un siècle : Du droit né avec nous hélas ! il n'est jamais question. *Faust*. (Scènes du cabinet de travail).

I. — ORIGINALITÉ DE LA VALEUR

Peut-on différencier la valeur du droit réel et du droit personnel, de la créance ?

Qu'entend-on par le mot *valeur* ? A notre avis ce terme a trois sens différents : Au sens économique, c'est le désir d'une chose, basé sur son utilité et sa rareté ; au sens vulgaire, une valeur est un titre de bourse ; au sens nouveau, c'est le régime spécial, l'ensemble des règles juridiques distinctes des valeurs de bourse.

Avant d'entrer dans les détails, il nous faut apporter quelques précisions : La valeur (sens économique) existe partout. Nous constatons la hausse ou la baisse d'objets sur lesquels portent des droits réels, et notamment le droit de propriété. Variations extrêmement rapides et considérables sur la bourse des marchandises, variations bien moindres quand elles affectent les biens qui se trouvent ordinairement en dehors des bourses de marchandises comme les immeubles.

Dans les bourses de marchandises, on se préoccupe de la valeur des diverses choses qui s'y liquident. Mais il n'y a là que de la valeur (sens économique), il n'y a pas là régime des valeurs ; car la réalisation en droit réel ou personnel suit de près les opérations effectuées. En effet, il n'y a pas comme intermédiaire la propriété collective. Mais quand il s'agit de bourses de valeurs, alors se montre la pro-

priété collective (la Société, la Compagnie), alors se fait jour le titre qui est la manifestation externe des variations continues que subira la position de l'individu jusqu'à la réalisation, jusqu'à la dissolution de la Société qui peut être fort éloignée. Dans un cas (bourses de marchandises), il n'y a qu'un phénomène économique, mais les situations juridiques sont conformes à la tradition, aux types élaborés par elle, parce qu'il n'y a pas propriété collective. Dans un autre cas (bourses de valeurs), s'ajoute au phénomène économique une transformation des situations juridiques provenant de la prolongation du jeu de la valeur, prolongation qui est une conséquence de la propriété collective.

La valeur (sens économique) n'est pas étrangère à la propriété individuelle sur les immeubles, sur les meubles; aucun bien n'échappe à ses variations. Mais ici, l'individu est en possession du bien lui-même. Il en jouit, ce qui n'a plus lieu dans le régime des valeurs où l'individu obtient sa jouissance non du bien lui-même, mais de la valeur que le bien représente. Car la personne qui est en possession, qui est en contact direct avec la chose, c'est la personne morale, disent les uns, c'est l'ensemble des individus (1), disent les réalistes. En d'autres termes,

(1) Quand une propriété collective est constituée, les titulaires de parcelles de cette propriété, les membres de cette collectivité, qui, à eux tous, possèdent un ensemble de biens, ont-ils un droit réel, ont-ils un droit de créance? Ni l'un, ni l'autre; ils ont une valeur. Ont-ils un droit réel? Non et c'est là ce qui distingue la propriété collective de

le régime des valeurs découle de la constitution de la propriété collective, forme adoptée par le capitalisme pour la plupart de ses entreprises.

Mais ce caractère, l'absence de jouissance directe du bien, n'est-ce pas le caractère de la créance ? Le créancier chirographaire n'est pas en possession du patrimoine de son débiteur. Entre le créancier et les biens du débiteur se trouve la personne de ce dernier (1). Alors se pose la question si délicate de la

l'indivision qui suppose un assemblage de droits réels. C'est un excès de l'individualisme que l'indivision. Un actionnaire d'une société immobilière, comme celle de la Rue Impériale, peut-il hypothéquer, démembérer son droit en constituant des servitudes ou usufruits ? Non, car la masse, la majorité des actionnaires seule hypothéquera. Or, si l'actionnaire avait un droit réel, l'objet sur lequel porte ce droit réel (immeuble) lui permettrait d'hypothéquer. Mais l'actionnaire a-t-il un droit de créance ? A notre avis, il faut répondre par la négative. Nous renvoyons à ce que nous écrirons quelques lignes plus loin.

(1) Dans le droit réel, rien ne se place entre le titulaire du droit et la chose sur laquelle il porte. Le droit est opposable à tous, à la collectivité, tandis que le droit de créance n'est opposable qu'au débiteur. Cependant ce droit du créancier chirographaire, influe sur les droits des autres créanciers chirographaires, leur est opposable par le *marc le franc*. Dans la créance se dévoile déjà le régime de l'influence directe, que nous retrouverons élargi, amplifié dans la valeur. Par contre, le droit réel étant absolu, opposable à tous, les tiers n'ont pas d'influence directe sur ce droit. La collectivité n'a d'influence sur ce droit que par le milieu où il se trouve, par la valeur au sens économique du mot. Mais il s'agit là d'application d'un principe économique et non d'un principe juridique.

distinction de la valeur et de la créance. Certes, le titulaire du droit de créance comme le titulaire de la valeur n'est pas en possession et voilà un caractère qui rapproche la créance de la valeur. Mais on est créancier d'un individu (un homme isolé ou une collectivité devenant individu sous la forme individuelle dite de la personne morale). Dans la valeur, au contraire, c'est-à-dire, si l'on envisage la situation de l'individu dans le groupe, il n'y a plus rien d'isolé et les intérêts sont mêlés. La collectivité absorbe l'individu.

Est une valeur au sens juridique, me disait M. Lévy, toute situation envisagée sous l'aspect de bénéfices sur l'activité sociale. En ce sens, tout droit patrimonial est une valeur. Mais, constituent une catégorie à part, les valeurs proprement dites qui ne sont ni des possessions ni des créances sur des individus, mais des titres susceptibles de se manifester successivement en créances et en propriétés par des actes juridiques distincts : vente de produits, délibérations de l'Assemblée générale fixant un dividende, liquidation de Société, aliénation du titre lui-même, action, fonds, monopole.

En effet, ce qui distingue, à mon sens, la valeur de la créance, c'est l'indéterminabilité de l'objet, sans laquelle elle n'est plus valeur. A dater du moment où son objet peut être déterminé, il n'y a plus valeur, mais créance. La variation et l'aléa, que la collectivité a voulu en instaurant ce régime et que les parties par leur volonté ont consacrés en devenant

titulaires de valeurs, sont de l'essence même de la valeur (1).

L'exemple typique de la valeur est l'action qui présente des différences intrinsèques avec la créance. L'action est un monopole sur les bénéfices d'une activité organisée. Peu importe les biens, c'est le droit aux bénéfices exclusifs d'une activité. C'est le résultat des biens, le profit qu'on en tire.

Du caractère de valeur-type, que nous attribuons à l'action dérivent trois conséquences, qui sont des caractères spécifiques de l'action, et constituent pour elle autant de différences avec la créance.

1^o L'action n'a pas de fixité à la hausse. Avouons de suite qu'il y a rupture d'équilibre entre la situation de l'action en baisse et la situation de l'action en hausse. Le gain est illimité à la hausse. La perte est limitée à la baisse.

La créance, comme la valeur, peut diminuer jusqu'à ne plus exister suivant les risques d'insolvabilité du débiteur. Mais peut-elle augmenter? Non, elle sera presque toujours sensiblement égale à la somme prêtée, même y eut-il engouement pour cette créance à cause de la sécurité et de l'excellent revenu qu'elle procure. Pourquoi cela? Parce que, lorsqu'il y a créance le marché est restreint. Au contraire, l'action peut doubler, tripler, décupler. Une action de 500 francs peut devenir une action de 5.000 francs.

1) Remarquons que l'on dit : *Valeurs de bourses* et non *Créances de bourses*. Ce terme spécial indique un état de choses particulier.

En cela, la valeur, l'action se rapproche du droit de propriété qui n'a pas non plus de fixité à la hausse. Toutefois, la valeur ne donne pas la possession. C'est l'antithèse de la possession.

L'action constitue donc un monopole de gains au profit d'un certain nombre d'individus (1).

Dans une société anonyme, et ceci nous montrera la différence entre la valeur et la créance, il y a des créances. Le type en est le salaire (2). L'ouvrier, l'employé en retour de son travail n'a droit qu'à une somme fixe, en tout cas bien déterminé, ou déterminable. Il est créancier de la Société, de la Compagnie, de la Banque. Le principe de l'individualisme domine ici. Il n'y a pas propriété collective entre actionnaires, d'une part, et travailleurs, d'autre part. Pourtant, commence à se montrer une forme nouvelle : Des sociétés se constituent où le travail a droit par exemple à 30 0/0 des bénéfices et le capital à 70 0/0.

(1) Au lieu d'appeler l'action créance, comme on l'aurait fait certainement s'il n'y avait rien eu en elle de nouveau, on consacra un terme spécial pour désigner cette faculté nouvelle. La terminologie s'efforce d'exprimer l'idée. Si l'idée avait été la même, pourquoi un mot nouveau *action* ; *agere*, désigne le pouvoir, la puissance que donne le monopole.

(2) L'obligation, par certains caractères intrinsèques appartient au régime des droits. La classe ouvrière s'efforce de réprouver le caractère de créance du salaire pour lui attribuer celui de valeur. L'idéal du prolétariat sera d'en faire un équivalent de l'action, ce qui aboutirait à briser le monopole de cette dernière. La participation aux bénéfices de l'ouvrier, de l'employé n'est qu'un moyen patronal. Sur le salaire, voyez la brochure de M. Lévy *Capital et Travail*, page 13.

2^o L'action, étant le monopole aux bénéfices d'une activité organisée, ne donne droit qu'à des revenus variables quant à leur chiffre et quant à leur existence même.

La créance habituellement accorde des revenus fixes, 4 o/o, 5 o/o. Parfois le chiffre des intérêts peut être variable, mais toujours ces intérêts existent. S'ils ne sont pas payés, ils restent dus. Au contraire, l'action donne droit à des dividendes qui sont ordinairement variables quant à leur chiffre et quant à leur existence. En effet, si la Société ne réalise pas de bénéfices une année, il n'y aura pas de dividendes et jamais il n'en sera dû pour cette année. Mais lorsque l'assemblée d'actionnaires a fixé le dividende à une somme de 20 francs par exemple, le dividende devient créance : il est dû 20 francs. Il est vrai que l'on peut stipuler au profit de l'actionnaire une clause d'intérêts fixes. En ce cas l'action se rapproche de l'obligation et nous verrons en quel sens on peut dire que l'obligation est une valeur.

3^o Enfin l'action étant un monopole aux bénéfices d'une activité organisée et ces bénéfices pouvant varier et descendre même à zéro, on exproprie l'actionnaire, le titulaire d'une valeur sans indemnité. C'est la contre partie du manque de fixité à la hausse de l'action, de la valeur.

Le locataire, qui est un créancier quand il est exproprié, obtient une indemnité correspondante au droit dont il est privé. Le titulaire d'une valeur subit l'expropriation pour cause d'utilité publique sans qu'il lui soit accordé de compensations. Nous avons

été frappés des événements qui se sont écoulés dans le laps de temps de ces deux dernières années. Les actions de nos grandes Compagnies de chemins de fer ont baissé subitement. Le Nord qui valait 1.700 à 1.800 fr. est descendu à un moment donné à 1.550 fr. Le P.-L.-M. de 1.300 fr. a connu le cours de 1.150 fr. L'Orléans de 1.400 fr. est tombé à 1.250 fr. Chaque titre perdait 100 à 200 fr. Le mal, si c'en était un, provenait du vote de la loi des Retraites ouvrières et de la menace d'abaisser l'âge de la retraite à 60 ans. L'Etat augmentait les charges des Compagnies. En d'autres termes, l'argent, qui allait grossir autrefois les dividendes (1) et indirectement le capital des actionnaires, est venu procurer à l'ouvrier une augmentation de bien être. Le capitaliste, l'actionnaire, le titulaire de la valeur s'est vu exproprié d'une partie de son bien sans qu'on lui attribue aucune compensation. Le régime des valeurs qui, nous le verrons plus loin, peut écraser les faibles, les petits, a fourni une arme contre lui par son organisation, sa forme même (2). Sans doute, dans le régime de l'individualisme, le pro-

(1) Quand le dividende d'une valeur monte, le capital s'élève. Car la valeur ne devient que la représentation d'un revenu. On achète un revenu, on le paie plus ou moins cher suivant qu'on prévoit son augmentation ou sa diminution. On manifeste ainsi sa croyance.

(2) Les socialistes prudents et calmes voient en cela le procédé capable de rétablir l'équilibre rompu depuis près d'un siècle au profit du capitalisme et ceci sans révolution, sans violence.

priétaire peut voir sa propriété diminuer de valeur, si l'Etat augmente les charges de la propriété. Mais il lui reste sa possession. Dans le régime des valeurs le titre baisse, s'approche de zéro ; il ne reste rien à l'actionnaire qui n'a plus que du papier. Notre conclusion est donc que le régime des valeurs facilite l'expropriation sans indemnité. Car le respect du droit du propriétaire dans le régime des possessions est plus grand que la considération du droit de l'actionnaire dans le régime des valeurs.

Mais la distinction entre la créance et l'obligation s'atténue. Les différences entre elles ne proviennent plus de leur nature. Elles ne sont plus qu'extrinsèques.

L'individu dans le régime des valeurs s'éloigne du bien ; la masse d'individus ayant droit à un ensemble de biens rend instable le droit de chacun. Les individus (nous le verrons plus loin) ont influence réciproque les uns sur les autres.

Comparons deux obligations hypothécaires dans les deux régimes ou plutôt examinons la situation du même individu ayant vingt mille francs, dont dix mille en une créance hypothécaire sur un individu (homme ou personne morale), (Régime individuel de propriété et de créance) et dix mille francs en obligations hypothécaires (Nord-Espagne première hypothèque). Dans les deux cas l'individu peut voir la marchandise (les immeubles) baisser de valeur par suite d'une crise. Mais, indépendamment de toute crise immobilière, dans le régime des valeurs, un individu réalisant ses titres en grande quantité, fera baisser le

cours des obligations hypothécaires. Dans le régime individuel des possessions, de la créance, si la créance hypothécaire est au porteur, on peut la réaliser sans que la créance hypothécaire du voisin diminue de valeur.

La facilité des transactions, la multiplicité des parcelles, permettant à une masse d'individus d'avoir des droits, permettant à la psychologie des foules de s'exercer, a constitué un régime spécial. Sans doute, il n'y a là que des différences extrinsèques, mais elles prennent une importance de tout premier ordre (1).

L'obligation n'a donc que le côté extérieur de la valeur.

Somme toute, nous avons dans l'action et l'obligation, telles qu'elles existent aujourd'hui, des manifestations du régime de la propriété collective. L'erreur, à notre avis, réside dans le fait de vouloir conserver les anciennes catégories de l'individualisme en droits réels et droits de créance dans un régime de propriété collective, dans le régime des valeurs. Le droit réel de la propriété collective, c'est l'action; c'est aussi le brevet. Le droit de créance de la propriété collective, c'est l'obligation (2).

(1) Indépendamment de la distinction de nature entre l'action et la créance, l'action participe aussi à ces différences extrinsèques.

(2) La créance, nous l'avons vu, est soumise en partie au régime de l'influence par le marc le franc. Mais lorsque le débiteur est solvable, on ne s'en aperçoit pas. L'obligation, elle aussi, détient ce caractère qui lui est commun, avec la créance. Mais le régime de l'influence la domine beaucoup

Quoi qu'on en dise, il nous semble que le fait de la constitution de la propriété collective ne rend pas créanciers les divers individus qui composent le groupe. Une distinction s'impose ; car on peut être actionnaire ou obligataire, mais toujours titulaire d'une valeur.

En partant donc de la qualité individualiste des droits jusqu'à leur qualité collective, on peut dire qu'il y a trois stades :

Des droits réels (des propriétés, des possessions), isolés et exclusifs.

Des droits de créance isolés mais non exclusifs (marc le franc) ;

Des valeurs non isolées (le régime de l'influence y domine), mais encore exclusives (monopole sur des bénéfices) ;

Le dernier stade s'élabore déjà, mais timidement : valeurs non isolées et non exclusives (participation du travail et du capital).

En tous cas deux faits donnent un caractère spécial au régime des valeurs ; ce sont :

1^o L'éloignement de l'individu pour la chose qui indirectement doit lui procurer la jouissance de

plus que la créance, car à la différence de la créance, elle est une marchandise négociable à la Bourse. La psychologie des foules s'exerce sur elle. Les 2 pôles sont représentés par le droit réel et l'action, pôle de l'individualisme, pôle de la propriété collective. Les différences s'atténuent entre la créance et l'obligation. Elles ne sont plus qu'extrinsèques et pourtant elles subsistent. L'une est isolée, la créance, l'autre est élément d'un groupe, l'obligation.

revenus, d'intérêts. Car, dans le régime de propriété collective, l'individu disparaît au milieu du groupe. Ce caractère n'est pas exclusivement réservé à la valeur ; il appartient aussi à la créance ; mais le créancier, au lieu d'avoir à passer par l'intermédiaire d'un groupe, s'adresse pour obtenir satisfaction à un individu ou à un groupe considéré comme un individu.

2^o L'exercice de la psychologie des foules. La division à outrance des parts de capital en produit pour la même entreprise une masse considérable. L'individu qui en détiendra un grand nombre sera le maître, pourra agioter comme il l'entendra. Pendant ce temps les petits porteurs effrayés se précipiteront chez les agents de change pour réaliser leurs titres en pleine baisse. La frayeur se communique ici d'autant plus que le titulaire de la valeur est loin des objets qui la représentent, d'autant plus qu'il n'est en possession que de papier dont la valeur variera avec les croyances collectives.

Le capitalisme moderne est donc devenu immatériel (1). Les principes économiques de la valeur

(1) M. NORMAN ANGELL parlant devant l'Institut des Banquiers, à Londres, au début de janvier, s'exprima en ces termes :

Les nations sont devenues dépendantes les unes des autres grâce à la division du travail et aux nécessités bancaires. La richesse du monde moderne est devenue en majeure partie *intangible* (impalpable) et dépend de la liberté du développement de l'activité dans les masses et des individus composant ces masses.

qui dominent les bourses de commerce, qui sont causes des variations des marchandises, se sont introduits dans la créance civile, qui est considérée à son tour comme une marchandise. Le malheur vient du désaccord entre l'instabilité de la valeur et la prolongation, la conservation des situations dans le domaine civil. La créance civile est acquise dans le but de placer une somme d'argent, donc pour être conservée. Or, la valeur qui est aussi acquise dans ce but peut amener les pires déconvenues, car elle est essentiellement variable. D'autre part, le commerçant achète, revend des marchandises, mais les connaît, sait les principes économiques qui président à leurs variations de prix. Le père de famille, qui place son argent en valeurs, la plupart du temps ignore tout de l'entreprise que représentent ces valeurs, souscrit à l'aveugle, fait un acte de foi. Qu'il nous soit donc permis de constater qu'un des éléments principaux qui différencie le régime de la valeur du régime des possessions, réside dans l'introduction des principes de rapidité de variations de la valeur commerciale dans le domaine civil.

C'est exact, à notre avis, et c'est éclairer la tendance anarchique de la forme capitaliste actuelle vers la plus grande richesse, but suprême et nouvelle féodalité, puisque c'est un instrument de domination.

II. — LES CARACTÈRES DU RÉGIME DES VALEURS

A) *Régime des valeurs et la volonté juridique.*

Des principes nouveaux guident la volonté juridique dans le régime des valeurs.

1^o Il est dans le régime des droits une règle juridique des plus respectées, c'est celle de l'effet relatif des actes juridiques : *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*; c'est-à-dire qu'un acte juridique ne saurait ni profiter, ni nuire à celui qui n'y a pas été partie.

L'introduction des principes de la valeur commerciale dans le domaine civil a donc fait une brèche considérable à cette règle. Certes, dans le régime des droits, il serait inexact de soutenir que l'influence ne se manifeste pas. En effet le nouveau créancier influe sur le droit de l'ancien en venant au marc le franc avec l'ancien, en diminuant ainsi le dividende qu'il aurait touché. *En dehors même du régime des valeurs*, dit M. Lévy (1), *le régime de l'influence domine pour la valeur qu'ont les objets et les travaux, pour la valeur marchande, le cours qui est selon l'opinion*. Il est vrai que ce dernier cas n'est peut-être pas du régime des droits, car quelque chose de la valeur est déjà dans le droit.

(1) M. LÉVY. — *Revue de Métaphysique et de Morale*, de mai 1911. *Transition du droit à la valeur*, page 3.

Mais en normale, pour que les hommes, dans le régime individualiste des droits, puissent avoir influence les uns sur les autres, il faut qu'ils aient passé un contrat, ou en l'absence de convention il faut que la loi, expression de l'Etat, le décide. *Dans le régime des droits*, dit M. Lévy (*op. cit.*) *l'influence n'est que par la loi ou le contrat*. En d'autres termes, dans le régime individualiste des propriétés, des possessions, des créances, l'influence juridique entre les hommes s'établit par l'intermédiaire de l'Etat qui, tantôt intervient directement par la loi, tantôt vivifie cette tendance du contrat, en déclarant qu'il fera exécuter les engagements.

Dans le régime des valeurs il n'en est plus ainsi. L'acte juridique de l'un influe sur l'autre. La convention passée entre deux personnes exerce une influence sur la valeur d'une troisième personne. La réalisation rapide d'un stock de titres entraîne la baisse des mêmes titres qui se trouvent entre les mains de tierces personnes. L'influence se produit ici sans l'intermédiaire de l'Etat. C'est que dans le régime des valeurs il n'y a pas de droits acquis. La valeur n'est que de l'avenir préjugé. Si l'opinion de son titulaire a été inexacte, tant pis pour lui. Il verra son capital diminué, il ne touchera pas de dividende et ne conservera aucun droit pour en toucher. La valeur n'est qu'une parcelle d'opinion collective et l'opinion de l'individu se traduit en un acte de foi en l'opinion collective.

Par contre, dans le régime des droits il y a des situations acquises que l'Etat doit faire respecter. Il

protégera le propriétaire, le créancier. S'il les exproprie, il leur donnera une indemnité. Les intérêts impayés resteront toujours dus.

2^o Le régime des valeurs abandonne donc le droit individuel.

La perpétuité du droit n'est plus de mise ici. La valeur sujette au cours, à toutes les variations du marché, entrave le maintien du droit dans sa plénitude. Si la valeur, si la créance civile est ainsi devenue une sorte de marchandise, c'est qu'elle n'est pas isolée, qu'elle est une parcelle à bien d'autres semblable d'un même tout, la propriété collective. On sait que le contrat collectif est celui par lequel une majorité lie une minorité. Il y a quelque chose d'analogue dans la propriété collective. L'individu est lié au groupe, se fond en lui, et c'est le groupe lui-même qui devient individu. Le droit de chacun des êtres dépend du groupe et tient de lui sa valeur. Il ne peut donc y avoir de situation acquise contre l'ensemble des individus. La propriété peut être acquise ; le titre de Bourse peut l'être aussi, mais la valeur qu'il représente ne l'est jamais, car elle est essentiellement variable, mobile et influençable.

3^o Le régime des valeurs modifie le contrat, le rôle de la volonté.

Sous le régime des possessions le contrat lie, les volontés se sont engagées à ne rien faire contre la convention. Il n'en est plus ainsi dans quelques cas du régime des valeurs. Un individu, par exemple, qui détient une grosse partie des actions d'une entreprise, prend position à la baisse pour une somme

considérable. Il trouve sa contre-partie à la hausse dans un ensemble de petits spéculateurs. Alors, il liquide ses titres pour alourdir le marché, non sans avoir calculé qu'avec cette liquidation rapide, il perd telle somme, mais que, grâce à sa position à la baisse qu'il provoque, il réalise un gain plus considérable que la perte qu'il se cause. Le puissant est maître du contrat, le rôle des petits spéculateurs est de perdre. Que l'on aille pas objecter qu'il y a là un contrat aléatoire ! Car le riche reste maître du hasard, s'il ne l'est plus du contrat. *Comme le dit M. LÉVY, le contrat de vente, qui a pour objet des possessions, est un contrat qui doit être juste et loyal.* On échange à équivalent, car il y a contrat commutatif ; mais ici il y a contrat aléatoire et une des parties, la plus forte, dispose du contrat comme elle l'entend, fait naître le hasard en sa faveur.

Nous en concluons que le rôle de la volonté n'est plus le même dans les deux régimes. Le contrat, au lieu de perpétuer des possessions, de les transmettre en les maintenant, modifie les valeurs (1). *Mais s'il crée moins d'obligations jusqu'à n'en plus créer, il donne à la volonté un jeu très grand.* Car les volontés, le contrat ont effet vis-à-vis des tiers (c'est le contrat collectif généralisé). Le vendeur livre un titre ; il a le moyen de le livrer détérioré, même sans

(1) Sous le régime des valeurs, quand il a l'air de transmettre des valeurs, comme au cas de vente de titres, c'est de possessions dont il s'agit. La valeur par la réalisation devient créance, rentre dans le régime des possessions.

valeur. Et tous les autres détenteurs du titre en souffriront. *Res inter alios acta, aliis nocere, allis prodesse potest.*

4^o La responsabilité devient collective sans l'intermédiaire du contrat d'assurance.

L'assurance est un moyen de l'individualisme pour rendre un dommage, un risque collectif. Ce contrat est indispensable dans les situations où les intérêts sont séparés, distincts. Or, on peut s'en passer lorsque les intérêts sont unis. D'ailleurs, à quoi servirait-il ? à protéger un individu contre les risques de baisse d'une valeur. Mais, en ce cas, il y a une opération juridique du régime des possessions. C'est l'individu isolé dont on s'occupe. Au contraire, en pur régime de valeurs, l'individu en tant qu'élément du groupe en dépend intimément ; son titre vaudra ce que sera la richesse du groupe. Les pertes et les gains sont supportés par tous. L'individu n'a jamais un droit à une valeur fixe contre le groupe. L'actionnaire ne peut s'assurer auprès de la Société elle-même contre le risque de baisse de son action, sinon il devient obligataire et, même obligataire, la Société ne peut lui certifier que son titre sera toujours égal à lui-même. L'introduction du jeu de la valeur commerciale dans ces formes de prétendues créances civiles s'y oppose.

Mais le groupe lui-même peut-être considéré comme individu et l'utilité du contrat d'assurance réapparaît. La société va s'assurer.

Si l'assurance est donc un moyen de l'individualisme, c'est une opération juridique qui a déjà des

tendances collectives. Elle transforme la faute en un risque. Elle répartit les fautes, les risques.

Mais il reste toujours ceci : qu'elle rétablit, qu'elle maintient, qu'elle reconstitue une possession au profit de l'individu. Dans le régime des valeurs, au contraire, ce procédé disparaît, parce que le jeu de l'assurance se fait de lui-même sans supprimer cependant l'aléa, les risques de variations inhérents à ce régime.

Voilà les modifications subies par la volonté juridique individuelle dans le régime des valeurs. Quels sont les changements apportés par cet état de choses nouveau sur la volonté collective, sur l'Etat.

B) *L'Etat et le Régime des valeurs.*

Ce régime prétend restreindre, jusqu'à écarter dans certains cas, le rôle de l'Etat.

L'existence de l'Etat est bien définie dans une société à base de possessions. Son rôle assez divers représente toujours la violence légitime. Seul, il a le pouvoir de faire violence aux individus.

Il est une erreur qui s'est manifestée au siècle dernier et dont aujourd'hui on semble avoir fait justice. Le principal auteur qui contribua à la rectifier fut M. JOSSERAND dans sa brochure. *De l'Abus des droits* (1). Les droits ne sont pas isolés, dit-il. On a voulu à tort leur tracer un cadre où ils

(1) M. JOSSERAND : *De l'abus des droits*, Paris, 1905. L'idée que nous allons exposer constitue le Leitmotiv de toute cette remarquable étude.

pourraient s'exercer indéfiniment. L'individu qui use de son droit, a-t-on dit, ne peut être responsable. Mais il y a plusieurs modes d'exercices des droits, d'une manière sociale en poursuivant le but qui fut celui du législateur, d'une manière antisociale en détournant le droit de l'intention qui a guidé le législateur. Les droits sont donc limités étroitement les uns par les autres.

Leurs frontières ne sont même pas toujours précises. C'est le cas de l'origine d'une faculté, d'un droit qui apparaît à ses débuts comme une manifestation de la liberté individuelle. Si donc les droits sont tangents, s'ils ne vivent pas dans des domaines séparés, si des conflits entre eux sont possibles puisqu'ils se touchent, il est nécessaire parfois de rétablir l'équilibre rompu. Cette tâche délicate sera dévolue à l'Etat dans un régime de possessions (1).

C'est lui qui, par sa violence légitime, limite et associe les droits isolés. C'est l'Etat qui fixe les mesures, les bornes, le moule du contrat. *Le désir*, dit M. LÉVY, *doit suivre les voies légales ; il y a des contrats*. C'est l'Etat qui fait ensuite exécuter la convention. La croyance collective qu'il exprime indique les effets du contrat, par une violence légitime oblige le débiteur à s'exécuter. Il rend justice, fait exécuter ses sentences. Il maintient les situations acquises, les possessions, créent les servitudes entre

(1) En déclarant les droits complètement isolés, on voulait restreindre la puissance de l'Etat. C'était la tendance individualiste.

domaines. L'influence des individus les uns sur les autres se fait sentir par son intermédiaire. En un mot c'est lui qui représente l'élément collectif de l'individualisme et le socialisme est par lui dans un régime de possessions.

Au contraire, dans le régime des valeurs, les intérêts ne sont plus séparés ; ils sont fondus dans un même tout. Il n'y a plus à contraindre les valeurs comme les possessions. Les valeurs ne sont plus protégées par des voies politiques, administratives, judiciaires. Il n'y a pas en effet de droit acquis dans ce régime : la valeur monte, descend suivant l'opinion collective qui se manifeste ainsi directement. L'influence des intérêts les uns sur les autres se fait sentir sans l'intermédiaire de l'Etat. Le groupe capitaliste est lui-même un petit Etat qui domine les éléments qui le composent, sans politiciens, sans juges. Plus n'est besoin de violence, puisqu'il n'y a plus de droits, de situations acquises. L'aléa est partout. L'Etat se dilue. Cependant l'influence peut mal s'exercer : des manœuvres frauduleuses peuvent tendre à la hausse et à la baisse des actions et des obligations. Mais, en la situation actuelle du régime des valeurs, l'Etat n'intervient pas, laisse libre jeu aux calculs les plus éhontés des gros capitalistes, ceux en qui réside l'influence.

La tâche de l'Etat serait d'intervenir, en ces cas, pour arrêter le dépouillement du faible par le fort, que le régime de l'influence favorise singulièrement. Le régime des valeurs actuellement inorganisé devrait être équitable.

Si l'Etat tend à disparaître à l'intérieur du groupe, des grosses sociétés capitalistes, il réapparaît pour faire régner l'ordre et la justice entre groupes, entre sociétés, entre propriétés collectives qui sont alors considérées comme individus.

Mais, cette réserve faite, il nous semble exact d'affirmer que la tâche de l'Etat diminue avec la création des grosses entreprises capitalistes par titres, avec l'introduction du régime des valeurs.

C). Enfin un des caractères les plus intéressants du régime des valeurs est son internationalisme.

Déjà la décadence de la souveraineté territoriale avait atteint le nationalisme. Quoique l'étranger ait en France presque tous les droits dont bénéficie le Français, ce n'est plus la loi française qu'on lui applique dans la majorité des cas, c'est la loi de son pays d'origine. Le droit anglais, le droit italien, le droit allemand s'appliquent tous les jours en France et réciproquement. De part et d'autre, il y eût conquête pacifique. Cependant la terre reste le foyer du nationalisme ; car si elle s'acquiert, se transmet ; elle ne se déplace pas.

Au contraire, la valeur est représentée par un titre qui se déplace aussi rapidement qu'on le veut, Par lui-même il n'est rien, c'est du papier. Mais les chances de gain, de perte, s'y sont incorporées. Cette chose si mobile qu'est le titre au porteur dévoile un élément immatériel, une croyance, un

espoir en une réalisation future. L'espérance, c'est la valeur, la réalisation, c'est la propriété.

En quoi donc la valeur aurait-elle une patrie ? Le marché de telle ou telle valeur n'est réservé à personne. On pourrait interdire aux Allemands la propriété d'immeubles français. On ne pourrait pas leur interdire la possession d'actions françaises. L'admission à la cote de Berlin fera venir les titres français en Allemagne. *Quid* si l'on prohibe la sortie des titres ? Ils passeront par la Belgique ou la Suisse. Donc, tous les étrangers peuvent devenir propriétaires de titres français, c'est-à-dire devenir titulaires d'une valeur française (d'obligations foncières par exemple), en un mot faire partie d'un groupe français. La forme du titre, sa mobilité, lui enlèvent toute patrie. La créance civile est devenue une marchandise mondiale à durée indéfinie. C'est pourquoi les valeurs émises dans un pays subissent les fluctuations du marché mondial. La valeur que pense détenir un Français dépend de la croyance qu'elle inspire à New-York ou à Londres, aussi à Paris !

Même les Sociétés qui émettent les titres n'ont pas de patrie. Une société française (1) peut ne comprendre que des étrangers, avoir pour objet une entreprise extranationale ou internationale. Un

(1) Ce n'est pas chose facile que de préciser la nationalité d'une société capitaliste. Voyez le traité élémentaire de droit commercial de M. THALLER, 3^e édition, Paris 1904. Pages 402, 403 et 404.

Etat lui-même ne fait plus appel à ses nationaux pour soutenir ses finances. Il place ses emprunts à l'Etranger. Par ses chevauchements entre nations différentes, par sa facilité de transport, sa mobilité, le capitalisme moderne organisé sous la forme du régime des valeurs est international (1).

Modifications apportées dans le rôle de la volonté, dans celui de l'Etat, dans les principes du nationalisme, voilà les tendances et même les caractères du régime des valeurs. Les formes juridiques doivent de ce fait subir de multiples changements. Ne prenons pour exemple qu'une d'entre elles (2), qui nous intéresse plus spécialement, la subrogation réelle.

III. DU ROLE NÉGATIF DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LE RÉGIME DES VALEURS

Les modifications qu'elle subit sont si radicales qu'elles vont jusqu'à sa suppression.

(1) Les mœurs de la finance sont *cosmopolites* fait remarquer M. LÉVY dans *Le Lien Juridique*. Puis avec une pointe d'ironie, il montre combien le capital est plus international que le travail : je languissais après le pays, m'a dit ces jours-ci un internationaliste ; il était allé vers les Amériques ; il a touché chez nous un salaire très bas pour ne plus languir. Aussi bien les hommes ne se déplacent pas comme l'argent.

(2) L'assurance, nous l'avons vu quelques pages plus haut, disparaît comme la subrogation réelle dans le régime des valeurs. C'est en effet un moyen de l'individualisme.

A l'intérieur du groupe, d'une société envisagée comme individu, à l'intérieur de la propriété collective, la subrogation réelle s'opère constamment. On ne voit qu'une masse de biens affectée à tel ou tel but, à une industrie, à un commerce, à une exploitation quelconque.

Mais si l'on considère la situation de l'individu dans le groupe, la subrogation réelle par rapport à lui ne s'effectue pas. Nous avons remarqué qu'il n'y avait pas de droits acquis dans le régime des valeurs. La situation du titulaire d'une valeur varie à tout instant; la valeur est mobile, parce que soumise au régime de l'influence. Puisqu'on escompte toujours l'avenir, il ne peut y avoir de subrogation réelle. Le régime des valeurs ne comporte pas de valeur fixe, de créance. Or, la subrogation réelle a pour but, comme la subrogation en créance, si elle existe, de maintenir les situations acquises. Elle conserve les droits, mais ne peut conserver les valeurs qui s'opposent par leur nature même à toute stagnation. Il nous semble donc juste de soutenir que notre théorie disparaît dans le régime des valeurs (1).

Nous n'avons pas voulu dire que les valeurs sont inaptes à être substituées à un immeuble, par exemple, pour prendre le caractère propre, le caractère

(1) Que si l'on n'admet pas le caractère original du régime des valeurs, on sera pourtant amené à reconnaître que la subrogation réelle n'existe pas pour les créances à objet indéterminé.

dotal. Non; car les valeurs comme les immeubles, comme tous les biens, peuvent être affectées à une destination spéciale. Mais alors, c'est le point de vue individualiste qui domine : nous envisageons la situation de l'individu par rapport aux tiers et non par rapport au groupe dont il fait partie; chose essentiellement différente !

D'ailleurs des relations peuvent s'établir entre groupes différents. Entre eux, entre deux sociétés capitalistes, il y aura des situations acquises et la subrogation réelle redeviendra nécessaire. Car nous revenons à la forme de la séparation des intérêts, au régime individualiste des possessions.

.....

En résumé, la subrogation réelle, comme l'assurance, semble être un moyen de l'individualisme propre à sauvegarder les situations acquises (1). Son sort est lié à la destinée de l'individualisme : les principes de la valeur, qui se sont introduits quelque peu dans le domaine des droits, ont donné un regain d'activité à notre théorie, parce qu'elle s'harmonise parfaitement avec l'idée que l'on se fait des biens envisagés aujourd'hui au point de vue de leur valeur plutôt qu'au point de vue de la jouissance directe qu'ils procurent. Malgré cette reviviscence, la subrogation

(1) Ce qu'il serait nécessaire de trouver pour le régime des valeurs, c'est un ensemble de procédés législatifs capables de protéger le faible contre le fort. Car la forme nouvelle du capitalisme est encore à l'état anarchique.

.....

En faisant l'étude de la subrogation réelle nous avons pris l'habitude de nous placer au point de vue du résultat acquis. Et c'est peut être la raison pour laquelle nous expliquons la théorie du non enrichissement sans cause et la théorie délictuelle par la subrogation réelle. Ce point de vue de la subrogation en créance est-il exact ? Que sçai-je disait Montaigne ?

.....

Nous nous sommes efforcés jusqu'alors de montrer la toute puissance de la subrogation réelle et de son succédané la subrogation en créance. Mais il est temps de conclure et nous allons mentionner un fait curieux, sa disparition dans certains cas.

Dans les droits réels et même dans les droits de créance, la subrogation est un instrument d'équité nécessaire. A toute richesse disparue, richesse nouvelle, voici l'idée dominante du régime des possessions. Mais à côté existe le régime des valeurs où l'aléa domine.

Dans ce régime, la conservation d'une valeur envers et contre tous ne subsiste plus. La subrogation en droits réels et en droits de créance dont c'était là le but principal disparaît.

Mais il nous faut fournir d'amples explications sur ce régime très discuté et d'une importance de tout premier ordre à cause de son développement formidable au cours du siècle dernier.

CONCLUSION

De plus en plus la fortune, la composition des patrimoines devient mobilière et se transforme en titres de bourse. On préfère aujourd'hui posséder des actions de sociétés immobilières plutôt que des immeubles. Déjà nombre de gens ont leur fortune immobilière en créances hypothécaires. La possession fait peur et le titre de propriétaire d'immeubles ne semble plus enviable. Les obligations du Crédit foncier constituent la propriété immobilière de beaucoup de Français. On s'éloigne de la possession directe et il semble plus utile à la plupart d'avoir les avantages de la possession par l'intermédiaire des titres de bourse. Voilà une des causes qui explique la crise immobilière.

Ainsi le capitalisme s'est transformé indépendamment des entreprises qui, par leur aspect colossal, ne pouvaient fonctionner que par l'Etat ou la constitu-

tion de grandes sociétés (Compagnies de chemins de fer et de grandes banques) ; il y eut un véritable engouement pour cette forme de la richesse. Car la réunion des capitaux grâce à elle, était rendue plus facile ; cette forme favorisait aussi la spéculation, l'âpre désir du gain. Nous sommes donc en droit de conclure qu'au cours du siècle dernier, soit par l'augmentation de l'esprit d'entreprise que suscitèrent la liberté du travail et la forme nouvelle du capitalisme, soit par la transformation elle-même des fortunes en titres de bourse qui en fut la conséquence, la propriété collective prit une extension formidable susceptible de bouleverser les principes juridiques admis jusqu'alors (1).

Ainsi fut constitué le régime des valeurs. La question qui nous intéresse est de connaître le rôle de la subrogation réelle en cette matière, ce qui nous sera possible lorsque nous aurons retracé les caractères de ce régime jusqu'alors peu étudié (2).

(1) M. Alfred Neymarck évalue à 815 milliards le chiffre des valeurs mobilières actuellement cotées et négociables sur les divers marchés financiers mondiaux (*Illustration* du 13 janvier 1912, page 38, 4^e colonne).

(2) Nous nous sommes fortement inspirés des travaux pleinement novateurs de M. Emmanuel Lévy, qui ont paru successivement dans une brochure et diverses revues. Ce sont : *Dans les cahiers du Socialiste*, la brochure *Capital et Travail*, Paris, 1909. Dans la revue de Métaphysique et de Morale, de mai 1911, *La transition du droit à la valeur* (Essais de définitions), et dans le numéro de la même revue de novembre 1910 *Le lien juridique*. Enfin dans la revue trimestrielle de droit civil du quatrième trimestre de 1910, sous le

Mais auparavant, il nous faut trancher une controverse qui est la base de tout le régime. C'est la question de principe, savoir, si la valeur peut se distinguer de la créance.

Donc, 3 divisions.

I. — ORIGINALITÉ DE LA VALEUR.

II. — CARACTÈRES DU RÉGIME DES VALEURS.

III. — DU RÔLE NÉGATIF DE LA SUBROGATION RÉELLE, DE SA DISPARITION DANS LE RÉGIME DES VALEURS.

Programme un peu long comme conclusion, mais cependant nécessaire : Si nous sommes obligés de donner une certaine extension à nos développements sur le régime des valeurs, nous ne croyons pourtant pas sortir de notre sujet, puisque nous le faisons pour aboutir à l'étude du rôle de la subrogation réelle en cette matière. Toutefois, comme nous nous trouvons en présence d'un régime peu étudié (1) jusqu'alors il nous a paru indispensable d'examiner l'élément distinctif de la valeur et de décrire les caractères de ce régime.

chapitre Variétés : *La confiance légitime*, où le savant professeur donne les définitions du contrat, de la personnalité et du patrimoine, qui semblent correspondre au nouvel état de choses.

(1) Le grand Goethe disait, il y a près d'un siècle : Du droit né avec nous hélas ! il n'est jamais question. *Faust*. (Scènes du cabinet de travail).

I. — ORIGINALITÉ DE LA VALEUR

Peut-on différencier la valeur du droit réel et du droit personnel, de la créance ?

Qu'entend-on par le mot *valeur* ? A notre avis ce terme a trois sens différents : Au sens économique, c'est le désir d'une chose, basé sur son utilité et sur sa rareté ; au sens vulgaire, une valeur est un titre de bourse ; au sens nouveau, c'est le régime spécial, l'ensemble des règles juridiques distinctes des valeurs de bourse.

Avant d'entrer dans les détails, il nous faut apporter quelques précisions : La valeur (sens économique) existe partout. Nous constatons la hausse ou la baisse d'objets sur lesquels portent des droits réels, et notamment le droit de propriété. Variations extrêmement rapides et considérables sur la bourse des marchandises, variations bien moindres quand elles affectent les biens qui se trouvent ordinairement en dehors des bourses de marchandises comme les immeubles.

Dans les bourses de marchandises, on se préoccupe de la valeur des diverses choses qui s'y liquident. Mais il n'y a là que de la valeur (sens économique), il n'y a pas là régime des valeurs ; car la réalisation en droit réel ou personnel suit de près les opérations effectuées. En effet, il n'y a pas comme intermédiaire la propriété collective. Mais quand il s'agit de bourses de valeurs, alors se montre la pro-

priété collective (la Société, la Compagnie), alors se fait jour le titre qui est la manifestation externe des variations continues que subira la position de l'individu jusqu'à la réalisation, jusqu'à la dissolution de la Société qui peut être fort éloignée. Dans un cas (bourses de marchandises), il n'y a qu'un phénomène économique, mais les situations juridiques sont conformes à la tradition, aux types élaborés par elle, parce qu'il n'y a pas propriété collective. Dans un autre cas (bourses de valeurs), s'ajoute au phénomène économique une transformation des situations juridiques provenant de la prolongation du jeu de la valeur, prolongation qui est une conséquence de la propriété collective.

La valeur (sens économique) n'est pas étrangère à la propriété individuelle sur les immeubles, sur les meubles; aucun bien n'échappe à ses variations. Mais ici, l'individu est en possession du bien lui-même. Il en jouit, ce qui n'a plus lieu dans le régime des valeurs où l'individu obtient sa jouissance non du bien lui-même, mais de la valeur que le bien représente. Car la personne qui est en possession, qui est en contact direct avec la chose, c'est la personne morale, disent les uns, c'est l'ensemble des individus (1), disent les réalistes. En d'autres termes,

(1) Quand une propriété collective est constituée, les titulaires de parcelles de cette propriété, les membres de cette collectivité, qui, à eux tous, possèdent un ensemble de biens, ont-ils un droit réel, ont-ils un droit de créance? Ni l'un, ni l'autre; ils ont une valeur. Ont-ils un droit réel? Non et c'est là ce qui distingue la propriété collective de

le régime des valeurs découle de la constitution de la propriété collective, forme adoptée par le capitalisme pour la plupart de ses entreprises.

Mais ce caractère, l'absence de jouissance directe du bien, n'est-ce pas le caractère de la créance ? Le créancier chirographaire n'est pas en possession du patrimoine de son débiteur. Entre le créancier et les biens du débiteur se trouve la personne de ce dernier (1). Alors se pose la question si délicate de la

l'indivision qui suppose un assemblage de droits réels. C'est un excès de l'individualisme que l'indivision. Un actionnaire d'une société immobilière, comme celle de la Rue Impériale, peut-il hypothéquer, démembre son droit en constituant des servitudes ou usufruits ? Non, car la masse, la majorité des actionnaires seule hypothéquera. Or, si l'actionnaire avait un droit réel, l'objet sur lequel porte ce droit réel (immeuble) lui permettrait d'hypothéquer. Mais l'actionnaire a-t-il un droit de créance ? A notre avis, il faut répondre par la négative. Nous renvoyons à ce que nous écrirons quelques lignes plus loin.

(1) Dans le droit réel, rien ne se place entre le titulaire du droit et la chose sur laquelle il porte. Le droit est opposable à tous, à la collectivité, tandis que le droit de créance n'est opposable qu'au débiteur. Cependant ce droit du créancier chirographaire, influe sur les droits des autres créanciers chirographaires, leur est opposable par le marc le franc. Dans la créance se dévoile déjà le régime de l'influence directe, que nous retrouverons élargi, amplifié dans la valeur. Par contre, le droit réel étant absolu, opposable à tous, les tiers n'ont pas d'influence directe sur ce droit. La collectivité n'a d'influence sur ce droit que par le milieu où il se trouve, par la valeur au sens économique du mot. Mais il s'agit là d'application d'un principe économique et non d'un principe juridique.

distinction de la valeur et de la créance. Certes, le titulaire du droit de créance comme le titulaire de la valeur n'est pas en possession et voilà un caractère qui rapproche la créance de la valeur. Mais on est créancier d'un individu (un homme isolé ou une collectivité devenant individu sous la forme individuelle dite de la personne morale). Dans la valeur, au contraire, c'est-à-dire, si l'on envisage la situation de l'individu dans le groupe, il n'y a plus rien d'isolé et les intérêts sont mêlés. La collectivité absorbe l'individu.

Est une valeur au sens juridique, me disait M. Lévy, toute situation envisagée sous l'aspect de bénéfices sur l'activité sociale. En ce sens, tout droit patrimonial est une valeur. Mais, constituent une catégorie à part, les valeurs proprement dites qui ne sont ni des possessions ni des créances sur des individus, mais des titres susceptibles de se manifester successivement en créances et en propriétés par des actes juridiques distincts : vente de produits, délibérations de l'Assemblée générale fixant un dividende, liquidation de Société, aliénation du titre lui-même, action, fonds, monopole.

En effet, ce qui distingue, à mon sens, la valeur de la créance, c'est l'indéterminabilité de l'objet, sans laquelle elle n'est plus valeur. A dater du moment où son objet peut être déterminé, il n'y a plus valeur, mais créance. La variation et l'aléa, que la collectivité a voulu en instaurant ce régime et que les parties par leur volonté ont consacrés en devenant

titulaires de valeurs, sont de l'essence même de la valeur (1).

L'exemple typique de la valeur est l'action qui présente des différences intrinsèques avec la créance. L'action est un monopole sur les bénéfices d'une activité organisée. Peu importe les biens, c'est le droit aux bénéfices exclusifs d'une activité. C'est le résultat des biens, le profit qu'on en tire.

Du caractère de valeur-type, que nous attribuons à l'action dérivent trois conséquences, qui sont des caractères spécifiques de l'action, et constituent pour elle autant de différences avec la créance.

1^o L'action n'a pas de fixité à la hausse. Avouons de suite qu'il y a rupture d'équilibre entre la situation de l'action en baisse et la situation de l'action en hausse. Le gain est illimité à la hausse. La perte est limitée à la baisse.

La créance, comme la valeur, peut diminuer jusqu'à ne plus exister suivant les risques d'insolvabilité du débiteur. Mais peut-elle augmenter? Non, elle sera presque toujours sensiblement égale à la somme prêtée, même y eut-il engouement pour cette créance à cause de la sécurité et de l'excellent revenu qu'elle procure. Pourquoi cela? Parce que, lorsqu'il y a créance le marché est restreint. Au contraire, l'action peut doubler, tripler, décupler. Une action de 500 francs peut devenir une action de 5.000 francs.

1) Remarquons que l'on dit : *Valeurs de bourses* et non *Créances de bourses*. Ce terme spécial indique un état de choses particulier.

En cela, la valeur, l'action se rapproche du droit de propriété qui n'a pas non plus de fixité à la hausse. Toutefois, la valeur ne donne pas la possession. C'est l'antithèse de la possession.

L'action constitue donc un monopole de gains au profit d'un certain nombre d'individus (1).

Dans une société anonyme, et ceci nous montrera la différence entre la valeur et la créance, il y a des créances. Le type en est le salaire (2). L'ouvrier, l'employé en retour de son travail n'a droit qu'à une somme fixe, en tout cas bien déterminé, ou déterminable. Il est créancier de la Société, de la Compagnie, de la Banque. Le principe de l'individualisme domine ici. Il n'y a pas propriété collective entre actionnaires, d'une part, et travailleurs, d'autre part. Pourtant, commence à se montrer une forme nouvelle : Des sociétés se constituent où le travail a droit par exemple à 30 o/o des bénéfices et le capital à 70 o/o.

(1) Au lieu d'appeler l'action créance, comme on l'aurait fait certainement s'il n'y avait rien eu en elle de nouveau, on consacra un terme spécial pour désigner cette faculté nouvelle. La terminologie s'efforce d'exprimer l'idée. Si l'idée avait été la même, pourquoi un mot nouveau *action* ; *agere*, désigne le pouvoir, la puissance que donne le monopole.

(2) L'obligation, par certains caractères intrinsèques appartient au régime des droits. La classe ouvrière s'efforce de réprouver le caractère de créance du salaire pour lui attribuer celui de valeur. L'idéal du prolétariat sera d'en faire un équivalent de l'action, ce qui aboutirait à briser le monopole de cette dernière. La participation aux bénéfices de l'ouvrier, de l'employé n'est qu'un moyen patronal. Sur le salaire, voyez la brochure de M. Lévy *Capital et Travail*, page 13.

2^o L'action, étant le monopole aux bénéfices d'une activité organisée, ne donne droit qu'à des revenus variables quant à leur chiffre et quant à leur existence même.

La créance habituellement accorde des revenus fixes, 4 o/o, 5 o/o. Parfois le chiffre des intérêts peut être variable, mais toujours ces intérêts existent. S'ils ne sont pas payés, ils restent dus. Au contraire, l'action donne droit à des dividendes qui sont ordinairement variables quant à leur chiffre et quant à leur existence. En effet, si la Société ne réalise pas de bénéfices une année, il n'y aura pas de dividendes et jamais il n'en sera dû pour cette année. Mais lorsque l'assemblée d'actionnaires a fixé le dividende à une somme de 20 francs par exemple, le dividende devient créance : il est dû 20 francs. Il est vrai que l'on peut stipuler au profit de l'actionnaire une clause d'intérêts fixes. En ce cas l'action se rapproche de l'obligation et nous verrons en quel sens on peut dire que l'obligation est une valeur.

3^o Enfin l'action étant un monopole aux bénéfices d'une activité organisée et ces bénéfices pouvant varier et descendre même à zéro, on exproprie l'actionnaire, le titulaire d'une valeur sans indemnité. C'est la contre partie du manque de fixité à la hausse de l'action, de la valeur.

Le locataire, qui est un créancier quand il est exproprié, obtient une indemnité correspondante au droit dont il est privé. Le titulaire d'une valeur subit l'expropriation pour cause d'utilité publique sans qu'il lui soit accordé de compensations. Nous avons

été frappés des événements qui se sont écoulés dans le laps de temps de ces deux dernières années. Les actions de nos grandes Compagnies de chemins de fer ont baissé subitement. Le Nord qui valait 1.700 à 1.800 fr. est descendu à un moment donné à 1.550 fr. Le P.-L.-M. de 1.300 fr. a connu le cours de 1.150 fr. L'Orléans de 1.400 fr. est tombé à 1.250 fr. Chaque titre perdait 100 à 200 fr. Le mal, si c'en était un, provenait du vote de la loi des Retraites ouvrières et de la menace d'abaisser l'âge de la retraite à 60 ans. L'Etat augmentait les charges des Compagnies. En d'autres termes, l'argent, qui allait grossir autrefois les dividendes (1) et indirectement le capital des actionnaires, est venu procurer à l'ouvrier une augmentation de bien être. Le capitaliste, l'actionnaire, le titulaire de la valeur s'est vu exproprié d'une partie de son bien sans qu'on lui attribue aucune compensation. Le régime des valeurs qui, nous le verrons plus loin, peut écraser les faibles, les petits, a fourni une arme contre lui par son organisation, sa forme même (2). Sans doute, dans le régime de l'individualisme, le pro-

(1) Quand le dividende d'une valeur monte, le capital s'élève. Car la valeur ne devient que la représentation d'un revenu. On achète un revenu, on le paie plus ou moins cher suivant qu'on prévoit son augmentation ou sa diminution. On manifeste ainsi sa croyance.

(2) Les socialistes prudents et calmes voient en cela le procédé capable de rétablir l'équilibre rompu depuis près d'un siècle au profit du capitalisme et ceci sans révolution, sans violence.

priétaire peut voir sa propriété diminuer de valeur, si l'Etat augmente les charges de la propriété. Mais il lui reste sa possession. Dans le régime des valeurs le titre baisse, s'approche de zéro ; il ne reste rien à l'actionnaire qui n'a plus que du papier. Notre conclusion est donc que le régime des valeurs facilite l'expropriation sans indemnité. Car le respect du droit du propriétaire dans le régime des possessions est plus grand que la considération du droit de l'actionnaire dans le régime des valeurs.

Mais la distinction entre la créance et l'obligation s'atténue. Les différences entre elles ne proviennent plus de leur nature. Elles ne sont plus qu'extrinsèques.

L'individu dans le régime des valeurs s'éloigne du bien ; la masse d'individus ayant droit à un ensemble de biens rend instable le droit de chacun. Les individus (nous le verrons plus loin) ont influence réciproque les uns sur les autres.

Comparons deux obligations hypothécaires dans les deux régimes ou plutôt examinons la situation du même individu ayant vingt mille francs, dont dix mille en une créance hypothécaire sur un individu (homme ou personne morale), (Régime individuel de propriété et de créance) et dix mille francs en obligations hypothécaires (Nord-Espagne première hypothèque). Dans les deux cas l'individu peut voir la marchandise (les immeubles) baisser de valeur par suite d'une crise. Mais, indépendamment de toute crise immobilière, dans le régime des valeurs, un individu réalisant ses titres en grande quantité, fera baisser le

cours des obligations hypothécaires. Dans le régime individuel des possessions, de la créance, si la créance hypothécaire est au porteur, on peut la réaliser sans que la créance hypothécaire du voisin diminue de valeur.

La facilité des transactions, la multiplicité des parcelles, permettant à une masse d'individus d'avoir des droits, permettant à la psychologie des foules de s'exercer, a constitué un régime spécial. Sans doute, il n'y a là que des différences extrinsèques, mais elles prennent une importance de tout premier ordre (1).

L'obligation n'a donc que le côté extérieur de la valeur.

Somme toute, nous avons dans l'action et l'obligation, telles qu'elles existent aujourd'hui, des manifestations du régime de la propriété collective. L'erreur, à notre avis, réside dans le fait de vouloir conserver les anciennes catégories de l'individualisme en droits réels et droits de créance dans un régime de propriété collective, dans le régime des valeurs. Le droit réel de la propriété collective, c'est l'action; c'est aussi le brevet. Le droit de créance de la propriété collective, c'est l'obligation (2).

(1) Indépendamment de la distinction de nature entre l'action et la créance, l'action participe aussi à ces différences extrinsèques.

(2) La créance, nous l'avons vu, est soumise en partie au régime de l'influence par le marc le franc. Mais lorsque le débiteur est solvable, on ne s'en aperçoit pas. L'obligation, elle aussi, détient ce caractère qui lui est commun, avec la créance. Mais le régime de l'influence la domine beaucoup

Quoi qu'on en dise, il nous semble que le fait de la constitution de la propriété collective ne rend pas créanciers les divers individus qui composent le groupe. Une distinction s'impose ; car on peut être actionnaire ou obligataire, mais toujours titulaire d'une valeur.

En partant donc de la qualité individualiste des droits jusqu'à leur qualité collective, on peut dire qu'il y a trois stades :

Des droits réels (des propriétés, des possessions), isolés et exclusifs.

Des droits de créance isolés mais non exclusifs (marc le franc) ;

Des valeurs non isolées (le régime de l'influence y domine), mais encore exclusives (monopole sur des bénéfices) ;

Le dernier stade s'élabore déjà, mais timidement : valeurs non isolées et non exclusives (participation du travail et du capital).

En tous cas deux faits donnent un caractère spécial au régime des valeurs ; ce sont :

1^o L'éloignement de l'individu pour la chose qui indirectement doit lui procurer la jouissance de

plus que la créance, car à la différence de la créance, elle est une marchandise négociable à la Bourse. La psychologie des foules s'exerce sur elle. Les 2 pôles sont représentés par le droit réel et l'action, pôle de l'individualisme, pôle de la propriété collective. Les différences s'atténuent entre la créance et l'obligation. Elles ne sont plus qu'extrinsèques et pourtant elles subsistent. L'une est isolée, la créance, l'autre est élément d'un groupe, l'obligation.

revenus, d'intérêts. Car, dans le régime de propriété collective, l'individu disparaît au milieu du groupe. Ce caractère n'est pas exclusivement réservé à la valeur ; il appartient aussi à la créance ; mais le créancier, au lieu d'avoir à passer par l'intermédiaire d'un groupe, s'adresse pour obtenir satisfaction à un individu ou à un groupe considéré comme un individu.

2^o L'exercice de la psychologie des foules. La division à outrance des parts de capital en produit pour la même entreprise une masse considérable. L'individu qui en détiendra un grand nombre sera le maître, pourra agioter comme il l'entendra. Pendant ce temps les petits porteurs effrayés se précipiteront chez les agents de change pour réaliser leurs titres en pleine baisse. La frayeur se communique ici d'autant plus que le titulaire de la valeur est loin des objets qui la représentent, d'autant plus qu'il n'est en possession que de papier dont la valeur variera avec les croyances collectives.

Le capitalisme moderne est donc devenu immatériel (1). Les principes économiques de la valeur

(1) M. NORMAN ANGELL parlant devant l'Institut des Banquiers, à Londres, au début de janvier, s'exprima en ces termes :

Les nations sont devenues dépendantes les unes des autres grâce à la division du travail et aux nécessités bancaires. La richesse du monde moderne est devenue en majeure partie *intangible* (impalpable) et dépend de la liberté du développement de l'activité dans les masses et des individus composant ces masses.

qui dominent les bourses de commerce, qui sont causes des variations des marchandises, se sont introduits dans la créance civile, qui est considérée à son tour comme une marchandise. Le malheur vient du désaccord entre l'instabilité de la valeur et la prolongation, la conservation des situations dans le domaine civil. La créance civile est acquise dans le but de placer une somme d'argent, donc pour être conservée. Or, la valeur qui est aussi acquise dans ce but peut amener les pires déconvenues, car elle est essentiellement variable. D'autre part, le commerçant achète, revend des marchandises, mais les connaît, sait les principes économiques qui président à leurs variations de prix. Le père de famille, qui place son argent en valeurs, la plupart du temps ignore tout de l'entreprise que représentent ces valeurs, souscrit à l'aveugle, fait un acte de foi. Qu'il nous soit donc permis de constater qu'un des éléments principaux qui différencie le régime de la valeur du régime des possessions, réside dans l'introduction des principes de rapidité de variations de la valeur commerciale dans le domaine civil.

C'est exact, à notre avis, et c'est éclairer la tendance anarchique de la forme capitaliste actuelle vers la plus grande richesse, but suprême et nouvelle féodalité, puisque c'est un instrument de domination.

II. — LES CARACTÈRES DU RÉGIME DES VALEURS

A) Régime des valeurs et la volonté juridique.

Des principes nouveaux guident la volonté juridique dans le régime des valeurs.

1^o Il est dans le régime des droits une règle juridique des plus respectées, c'est celle de l'effet relatif des actes juridiques : *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest* ; c'est-à-dire qu'un acte juridique ne saurait ni profiter, ni nuire à celui qui n'y a pas été partie.

L'introduction des principes de la valeur commerciale dans le domaine civil a donc fait une brèche considérable à cette règle. Certes, dans le régime des droits, il serait inexact de soutenir que l'influence ne se manifeste pas. En effet le nouveau créancier influe sur le droit de l'ancien en venant au marc le franc avec l'ancien, en diminuant ainsi le dividende qu'il aurait touché. *En dehors même du régime des valeurs*, dit M. Lévy (1), *le régime de l'influence domine pour la valeur qu'ont les objets et les travaux, pour la valeur marchande, le cours qui est selon l'opinion*. Il est vrai que ce dernier cas n'est peut-être pas du régime des droits, car quelque chose de la valeur est déjà dans le droit.

(1) M. LÉVY. — *Revue de Métaphysique et de Morale*, de mai 1911. *Transition du droit à la valeur*, page 3.

Mais en normale, pour que les hommes, dans le régime individualiste des droits, puissent avoir influence les uns sur les autres, il faut qu'ils aient passé un contrat, ou en l'absence de convention il faut que la loi, expression de l'Etat, le décide. *Dans le régime des droits*, dit M. Lévy (*op. cit.*) *l'influence n'est que par la loi ou le contrat*. En d'autres termes, dans le régime individualiste des propriétés, des possessions, des créances, l'influence juridique entre les hommes s'établit par l'intermédiaire de l'Etat qui, tantôt intervient directement par la loi, tantôt vivifie cette tendance du contrat, en déclarant qu'il fera exécuter les engagements.

Dans le régime des valeurs il n'en est plus ainsi. L'acte juridique de l'un influe sur l'autre. La convention passée entre deux personnes exerce une influence sur la valeur d'une troisième personne. La réalisation rapide d'un stock de titres entraîne la baisse des mêmes titres qui se trouvent entre les mains de tierces personnes. L'influence se produit ici sans l'intermédiaire de l'Etat. C'est que dans le régime des valeurs il n'y a pas de droits acquis. La valeur n'est que de l'avenir préjugé. Si l'opinion de son titulaire a été inexacte, tant pis pour lui. Il verra son capital diminué, il ne touchera pas de dividende et ne conservera aucun droit pour en toucher. La valeur n'est qu'une parcelle d'opinion collective et l'opinion de l'individu se traduit en un acte de foi en l'opinion collective.

Par contre, dans le régime des droits il y a des situations acquises que l'Etat doit faire respecter. Il

protégera le propriétaire, le créancier. S'il les exproprie, il leur donnera une indemnité. Les intérêts impayés resteront toujours dus.

2^o Le régime des valeurs abandonne donc le droit individuel.

La perpétuité du droit n'est plus de mise ici. La valeur sujette au cours, à toutes les variations du marché, entrave le maintien du droit dans sa plénitude. Si la valeur, si la créance civile est ainsi devenue une sorte de marchandise, c'est qu'elle n'est pas isolée, qu'elle est une parcelle à bien d'autres semblable d'un même tout, la propriété collective. On sait que le contrat collectif est celui par lequel une majorité lie une minorité. Il y a quelque chose d'analogue dans la propriété collective. L'individu est lié au groupe, se fond en lui, et c'est le groupe lui-même qui devient individu. Le droit de chacun des êtres dépend du groupe et tient de lui sa valeur. Il ne peut donc y avoir de situation acquise contre l'ensemble des individus. La propriété peut être acquise ; le titre de Bourse peut l'être aussi, mais la valeur qu'il représente ne l'est jamais, car elle est essentiellement variable, mobile et influençable.

3^o Le régime des valeurs modifie le contrat, le rôle de la volonté.

Sous le régime des possessions le contrat lie, les volontés se sont engagées à ne rien faire contre la convention. Il n'en est plus ainsi dans quelques cas du régime des valeurs. Un individu, par exemple, qui détient une grosse partie des actions d'une entreprise, prend position à la baisse pour une somme

considérable. Il trouve sa contre-partie à la hausse dans un ensemble de petits spéculateurs. Alors, il liquide ses titres pour alourdir le marché, non sans avoir calculé qu'avec cette liquidation rapide, il perd telle somme, mais que, grâce à sa position à la baisse qu'il provoque, il réalise un gain plus considérable que la perte qu'il se cause. Le puissant est maître du contrat, le rôle des petits spéculateurs est de perdre. Que l'on aille pas objecter qu'il y a là un contrat aléatoire ! Car le riche reste maître du hasard, s'il ne l'est plus du contrat. *Comme le dit M. LÉVY, le contrat de vente, qui a pour objet des possessions, est un contrat qui doit être juste et loyal.* On échange à équivalent, car il y a contrat commutatif ; mais ici il y a contrat aléatoire et une des parties, la plus forte, dispose du contrat comme elle l'entend, fait naître le hasard en sa faveur.

Nous en concluons que le rôle de la volonté n'est plus le même dans les deux régimes. Le contrat, au lieu de perpétuer des possessions, de les transmettre en les maintenant, modifie les valeurs (1). *Mais s'il crée moins d'obligations jusqu'à n'en plus créer, il donne à la volonté un jeu très grand.* Car les volontés, le contrat ont effet vis-à-vis des tiers (c'est le contrat collectif généralisé). Le vendeur livre un titre ; il a le moyen de le livrer détérioré, même sans

(1) Sous le régime des valeurs, quand il a l'air de transmettre des valeurs, comme au cas de vente de titres, c'est de possessions dont il s'agit. La valeur par la réalisation devient créance, rentre dans le régime des possessions.

valeur. Et tous les autres détenteurs du titre en souffriront. *Res inter alios acta, aliis nocere, allis prodesse potest.*

4^o La responsabilité devient collective sans l'intermédiaire du contrat d'assurance.

L'assurance est un moyen de l'individualisme pour rendre un dommage, un risque collectif. Ce contrat est indispensable dans les situations où les intérêts sont séparés, distincts. Or, on peut s'en passer lorsque les intérêts sont unis. D'ailleurs, à quoi servirait-il ? à protéger un individu contre les risques de baisse d'une valeur. Mais, en ce cas, il y a une opération juridique du régime des possessions. C'est l'individu isolé dont on s'occupe. Au contraire, en pur régime de valeurs, l'individu en tant qu'élément du groupe en dépend intimément ; son titre vaudra ce que sera la richesse du groupe. Les pertes et les gains sont supportés par tous. L'individu n'a jamais un droit à une valeur fixe contre le groupe. L'actionnaire ne peut s'assurer auprès de la Société elle-même contre le risque de baisse de son action, sinon il devient obligataire et, même obligataire, la Société ne peut lui certifier que son titre sera toujours égal à lui-même. L'introduction du jeu de la valeur commerciale dans ces formes de prétendues créances civiles s'y oppose.

Mais le groupe lui-même peut-être considéré comme individu et l'utilité du contrat d'assurance réapparaît. La société va s'assurer.

Si l'assurance est donc un moyen de l'individualisme, c'est une opération juridique qui a déjà des

tendances collectives. Elle transforme la faute en un risque. Elle répartit les fautes, les risques.

Mais il reste toujours ceci : qu'elle rétablit, qu'elle maintient, qu'elle reconstitue une possession au profit de l'individu. Dans le régime des valeurs, au contraire, ce procédé disparaît, parce que le jeu de l'assurance se fait de lui-même sans supprimer cependant l'aléa, les risques de variations inhérents à ce régime.

Voilà les modifications subies par la volonté juridique individuelle dans le régime des valeurs. Quels sont les changements apportés par cet état de choses nouveau sur la volonté collective, sur l'Etat.

B) *L'Etat et le Régime des valeurs.*

Ce régime prétend restreindre, jusqu'à écarter dans certains cas, le rôle de l'Etat.

L'existence de l'Etat est bien définie dans une société à base de possessions. Son rôle assez divers représente toujours la violence légitime. Seul, il a le pouvoir de faire violence aux individus.

Il est une erreur qui s'est manifestée au siècle dernier et dont aujourd'hui on semble avoir fait justice. Le principal auteur qui contribua à la rectifier fut M. JOSSERAND dans sa brochure. *De l'Abus des droits* (1). Les droits ne sont pas isolés, dit-il. On a voulu à tort leur tracer un cadre où ils

(1) M. JOSSERAND : *De l'abus des droits*, Paris, 1905. L'idée que nous allons exposer constitue le Leitmotiv de toute cette remarquable étude.

pourraient s'exercer indéfiniment. L'individu qui use de son droit, a-t-on dit, ne peut être responsable. Mais il y a plusieurs modes d'exercices des droits, d'une manière sociale en poursuivant le but qui fut celui du législateur, d'une manière antisociale en détournant le droit de l'intention qui a guidé le législateur. Les droits sont donc limités étroitement les uns par les autres.

Leurs frontières ne sont même pas toujours précisées. C'est le cas de l'origine d'une faculté, d'un droit qui apparaît à ses débuts comme une manifestation de la liberté individuelle. Si donc les droits sont tangents, s'ils ne vivent pas dans des domaines séparés, si des conflits entre eux sont possibles puisqu'ils se touchent, il est nécessaire parfois de rétablir l'équilibre rompu. Cette tâche délicate sera dévolue à l'Etat dans un régime de possessions (1).

C'est lui qui, par sa violence légitime, limite et associe les droits isolés. C'est l'Etat qui fixe les mesures, les bornes, le moule du contrat. *Le désir*, dit M. LÉVY, *doit suivre les voies légales ; il y a des contrats*. C'est l'Etat qui fait ensuite exécuter la convention. La croyance collective qu'il exprime indique les effets du contrat, par une violence légitime oblige le débiteur à s'exécuter. Il rend justice, fait exécuter ses sentences. Il maintient les situations acquises, les possessions, créent les servitudes entre

(1) En déclarant les droits complètement isolés, on voulait restreindre la puissance de l'Etat. C'était la tendance individualiste.

domaines. L'influence des individus les uns sur les autres se fait sentir par son intermédiaire. En un mot c'est lui qui représente l'élément collectif de l'individualisme et le socialisme est par lui dans un régime de possessions.

Au contraire, dans le régime des valeurs, les intérêts ne sont plus séparés ; ils sont fondus dans un même tout. Il n'y a plus à contraindre les valeurs comme les possessions. Les valeurs ne sont plus protégées par des voies politiques, administratives, judiciaires. Il n'y a pas en effet de droit acquis dans ce régime : la valeur monte, descend suivant l'opinion collective qui se manifeste ainsi directement. L'influence des intérêts les uns sur les autres se fait sentir sans l'intermédiaire de l'Etat. Le groupe capitaliste est lui-même un petit Etat qui domine les éléments qui le composent, sans politiciens, sans juges. Plus n'est besoin de violence, puisqu'il n'y a plus de droits, de situations acquises. L'aléa est partout. L'Etat se dilue. Cependant l'influence peut mal s'exercer : des manœuvres frauduleuses peuvent tendre à la hausse et à la baisse des actions et des obligations. Mais, en la situation actuelle du régime des valeurs, l'Etat n'intervient pas, laisse libre jeu aux calculs les plus éhontés des gros capitalistes, ceux en qui réside l'influence.

La tâche de l'Etat serait d'intervenir, en ces cas, pour arrêter le dépouillement du faible par le fort, que le régime de l'influence favorise singulièrement. Le régime des valeurs actuellement inorganisé devrait être équitable.

Si l'Etat tend à disparaître à l'intérieur du groupe, des grosses sociétés capitalistes, il réapparaît pour faire régner l'ordre et la justice entre groupes, entre sociétés, entre propriétés collectives qui sont alors considérées comme individus.

Mais, cette réserve faite, il nous semble exact d'affirmer que la tâche de l'Etat diminue avec la création des grosses entreprises capitalistes par titres, avec l'introduction du régime des valeurs.

C). Enfin un des caractères les plus intéressants du régime des valeurs est son internationalisme.

Déjà la décadence de la souveraineté territoriale avait atteint le nationalisme. Quoique l'étranger ait en France presque tous les droits dont bénéficie le Français, ce n'est plus la loi française qu'on lui applique dans la majorité des cas, c'est la loi de son pays d'origine. Le droit anglais, le droit italien, le droit allemand s'appliquent tous les jours en France et réciproquement. De part et d'autre, il y eût conquête pacifique. Cependant la terre reste le foyer du nationalisme ; car si elle s'acquiert, se transmet ; elle ne se déplace pas.

Au contraire, la valeur est représentée par un titre qui se déplace aussi rapidement qu'on le veut, Par lui-même il n'est rien, c'est du papier. Mais les chances de gain, de perte, s'y sont incorporées. Cette chose si mobile qu'est le titre au porteur dévoile un élément immatériel, une croyance, un

espoir en une réalisation future. L'espérance, c'est la valeur, la réalisation, c'est la propriété.

En quoi donc la valeur aurait-elle une patrie ? Le marché de telle ou telle valeur n'est réservé à personne. On pourrait interdire aux Allemands la propriété d'immeubles français. On ne pourrait pas leur interdire la possession d'actions françaises. L'admission à la cote de Berlin fera venir les titres français en Allemagne. *Quid* si l'on prohibe la sortie des titres ? Ils passeront par la Belgique ou la Suisse. Donc, tous les étrangers peuvent devenir propriétaires de titres français, c'est-à-dire devenir titulaires d'une valeur française (d'obligations foncières par exemple), en un mot faire partie d'un groupe français. La forme du titre, sa mobilité, lui enlèvent toute patrie. La créance civile est devenue une marchandise mondiale à durée indéfinie. C'est pourquoi les valeurs émises dans un pays subissent les fluctuations du marché mondial. La valeur que pense détenir un Français dépend de la croyance qu'elle inspire à New-York ou à Londres, aussi à Paris !

Même les Sociétés qui émettent les titres n'ont pas de patrie. Une société française (1) peut ne comprendre que des étrangers, avoir pour objet une entreprise extranationale ou internationale. Un

(1) Ce n'est pas chose facile que de préciser la nationalité d'une société capitaliste. Voyez le traité élémentaire de droit commercial de M. THALLER, 3^e édition, Paris 1904. Pages 402, 403 et 404.

Etat lui-même ne fait plus appel à ses nationaux pour soutenir ses finances. Il place ses emprunts à l'Etranger. Par ses chevauchements entre nations différentes, par sa facilité de transport, sa mobilité, le capitalisme moderne organisé sous la forme du régime des valeurs est international (1).

Modifications apportées dans le rôle de la volonté, dans celui de l'Etat, dans les principes du nationalisme, voilà les tendances et même les caractères du régime des valeurs. Les formes juridiques doivent de ce fait subir de multiples changements. Ne prenons pour exemple qu'une d'entre elles (2), qui nous intéresse plus spécialement, la subrogation réelle.

III. DU ROLE NÉGATIF DE LA SUBROGATION RÉELLE DANS LE RÉGIME DES VALEURS

Les modifications qu'elle subit sont si radicales qu'elles vont jusqu'à sa suppression.

(1) Les mœurs de la finance sont *cosmopolites* fait remarquer M. LÉVY dans *Le Lien Juridique*. Puis avec une pointe d'ironie, il montre combien le capital est plus international que le travail : je languissais après le pays, m'a dit ces jours-ci un internationaliste ; il était allé vers les Amériques ; il a touché chez nous un salaire très bas pour ne plus *languir*. Aussi bien les hommes ne se déplacent pas comme l'argent.

(2) L'assurance, nous l'avons vu quelques pages plus haut, disparaît comme la subrogation réelle dans le régime des valeurs. C'est en effet un moyen de l'individualisme.

A l'intérieur du groupe, d'une société envisagée comme individu, à l'intérieur de la propriété collective, la subrogation réelle s'opère constamment. On ne voit qu'une masse de biens affectée à tel ou tel but, à une industrie, à un commerce, à une exploitation quelconque.

Mais si l'on considère la situation de l'individu dans le groupe, la subrogation réelle par rapport à lui ne s'effectue pas. Nous avons remarqué qu'il n'y avait pas de droits acquis dans le régime des valeurs. La situation du titulaire d'une valeur varie à tout instant; la valeur est mobile, parce qu'elle est soumise au régime de l'influence. Puisqu'on escompte toujours l'avenir, il ne peut y avoir de subrogation réelle. Le régime des valeurs ne comporte pas de valeur fixe, de créance. Or, la subrogation réelle a pour but, comme la subrogation en créance, si elle existe, de maintenir les situations acquises. Elle conserve les droits, mais ne peut conserver les valeurs qui s'opposent par leur nature même à toute stagnation. Il nous semble donc juste de soutenir que notre théorie disparaît dans le régime des valeurs (1).

Nous n'avons pas voulu dire que les valeurs sont inaptes à être substituées à un immeuble, par exemple, pour prendre le caractère propre, le caractère

(1) Que si l'on n'admet pas le caractère original du régime des valeurs, on sera pourtant amené à reconnaître que la subrogation réelle n'existe pas pour les créances à objet indéterminé.

dotal. Non; car les valeurs comme les immeubles, comme tous les biens, peuvent être affectées à une destination spéciale. Mais alors, c'est le point de vue individualiste qui domine : nous envisageons la situation de l'individu par rapport aux tiers et non par rapport au groupe dont il fait partie; chose essentiellement différente !

D'ailleurs des relations peuvent s'établir entre groupes différents. Entre eux, entre deux sociétés capitalistes, il y aura des situations acquises et la subrogation réelle redeviendra nécessaire. Car nous revenons à la forme de la séparation des intérêts, au régime individualiste des possessions.

.....

En résumé, la subrogation réelle, comme l'assurance, semble être un moyen de l'individualisme propre à sauvegarder les situations acquises (1). Son sort est lié à la destinée de l'individualisme : les principes de la valeur, qui se sont introduits quelque peu dans le domaine des droits, ont donné un regain d'activité à notre théorie, parce qu'elle s'harmonise parfaitement avec l'idée que l'on se fait des biens envisagés aujourd'hui au point de vue de leur valeur plutôt qu'au point de vue de la jouissance directe qu'ils procurent. Malgré cette reviviscence, la subrogation

(1) Ce qu'il serait nécessaire de trouver pour le régime des valeurs, c'est un ensemble de procédés législatifs capables de protéger le faible contre le fort. Car la forme nouvelle du capitalisme est encore à l'état anarchique.

réelle subit une éclipse quasi totale dans le régime des valeurs. Moyen de l'individualisme, elle devait reculer devant la progression de la propriété collective qui ne la comporte pas.

VU :

Lyon, le 21 février 1912.

Le Président de la Thèse,

L. JOSSERAND.

VU :

Lyon, le 21 février 1912.

Pour le Doyen, l'Assesseur,

L. JOSSERAND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 22 février 1912.

Le Recteur de l'Académie,

P. JOUBIN.

BIBLIOGRAPHIE

GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 4^e édition, Paris, 1906.

GIRARD. — Textes de Droit romain. *Institutes de Caius*. Commentaires, 3^e édition, 1903.

CORPUS JURIS CIVILIS. — *Opera et cura Galisset*. *Undecima édition*, 1881.

Nouvelle Revue Historique. — Article de M. Charles Appleton, 1910.

POTHIER. — Œuvres. Edition Bugnet, Paris 1861. *Traité des coutumes d'Orléans*. *Traité du contrat de vente*, n^o 630.

DENISART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris, Desaint, 1777.

LOYSEL. — *Institutes coutumières*. Paris, Saugrain, 1765. Livre II, titre I, article 17.

MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Paris, Garnery, 1828. Tome 16. Mot : Subrogation.

LEBRUN. — *Traité des Successions*. Paris Savoye 1775. Livre II. Chapitre I. Section I, n^o 63.

- DUPLESSIS. — Traité de M. Duplessis sur la coutume de Paris. Paris, Josselin, 1702. *Traité des Censives*. Livre II. Chapitre II. Section II.
- HENRIS. — Œuvres. Paris. Edition Michel Brunet, 1738. Tome II. Livre IV. Chapitre VI. Question 28, n° 9.
- CHARONDAS. — Coutume de la Ville Prévosté et Vicomté de Paris ou Droit civil Parisien avec les commentaires de Charondas le Caron. Paris, Pierre L'Huillier et Jamet Mettayer, 1598.
- RENUSSON. — Œuvres. Edition de Sérieux, Paris 1780.
- Thèse de M. Paulmier. Paris 1882. *De la subrogation réelle*.
- Thèse de M. Stora. Paris 1901. *De la subrogation réelle*.
- Thèse de M. Masse. Paris 1902. *Caractère juridique de la Communauté entre époux dans ses précédents historiques*.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. Volume XIII. *Traité des Successions*, tome 1^{er}. Paris 1875.
- GUILLOUARD. — *Traité du Contrat de mariage*. Paris 1888. Tome IV.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*. Tome I, 5^e édition, Paris 1908. Tome II, 4^e édition, Paris 1907. Tome III, 4^e édition, Paris 1908, page 66, note 1.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 8^e édition. Paris 1904, 3 volumes.
- THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 3^e édition. Paris 1904.
- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ, 4^e édition, 1869 à 1874.
- AUBRY, RAU et FALCIMAIGNE. — *Cours de Droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, 5^e édition, 1897, inachevée.
- LAURENT. — Principes de Droit civil, 1876. Tome 21, 1^{re} Partie. Section I, n°s 283 à 285, n° 354, n° 359.
- Collection BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité de Droit civil*, tomes 9 et 10. Donations 1896, Colin, tome II.

Collection BAUDRY-LACANTINERIE. — Tomes 16, 17 et 18.
Contrat de mariage, par Le Courtois et Surville, 3 volumes. Paris 1906.

Collection BAUDRY-LACANTINERIE. — Tomes 6, 7 et 8, 1895.
Successions, par Baudry-Lacantinerie et Wahl. Tome 1.

Code civil allemand. — Paris. Imprimerie nationale 1904, 3 volumes.

Code civil suisse. — Feuille fédéral de la Confédération suisse. Année 1907. Volume 6. Berne 1908.

IHÉRING. — *L'esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement*. Traduction de Meulenaere. Paris 1878. Tome IV. Pages 291 à 300.

JOSSERAND. — *De l'abus des Droits*. Paris 1905.

Nouveau Code civil annoté. — Jurisprudence générale de Dalloz, articles 132, 1407, 1434, 1435, 1553, 1558, 2180.

Supplément au Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence. Dalloz. Tome IV. Mot : Contrat de mariage.

Répertoire général alphabétique du Droit français. — Fuzier-Hermann, 1899. Mot : Dot, n° 497. Mot : Retour, n° 312 à 346. Mot : Héritier apparent, absence.

Revue trimestrielle de Droit civil. — Année 1905. Tome IV. Article de M. Eustache Pilon, page 669.

Revue critique de législation et de jurisprudence. — Année 1897. Tome 26. Article de M. Vigie, page 481. Jurisprudence civile 1896, examen doctrinal.

Annales de Droit commercial, français, étranger et international. — Années 1889 et 1890. Tome 3 et 4. Darras et Tarbouriech : De l'attribution, en cas de sinistre, des indemnités d'assurances et des autres indemnités dues à l'occasion de la perte d'une chose. Commentaire des articles 2 et suivants de la loi du 17 février 1889.

Revue trimestrielle de Droit civil, 1902. Tome 1. Article de M. Josserand : Jurisprudence civile, page 887.

LYON-CAEN ET RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, 3^e édition. Paris 1902. Tome VI, n° 1668.

Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1893.

Article de M. Tissier, page 871.

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1901.

Tome 30. Pages 236 et suivantes, 295 et suivantes et 346 et suivantes. Article de M. Demogue.

Revue historique de Droit français et étranger. Paris 1868,

Tome 14. Pages 448, et 551, et 1869. Tome 15. Pages 369 497. Article de M. Flach.

Revue de Métaphysique et de Morale, de mai 1911 Article de M. Lévy : La transition du Droit à la valeur.

Revue de Métaphysique et de Morale, novembre 1910. Article de M. Lévy : Le lien juridique.

Revue Trimestrielle de Droit civil, 1910, 4^e trimestre. Article de M. Lévy : La Confiance légitime.

M. LÉVY. — *Capital et Travail*. Paris 1909.

Cassation, 29 avril 1901. — D. 02. I. 33. Note de M. Planiol.

Dijon 30 juin 1893. — S. 94. II. 185. Note de M. Saleilles.

Gazette du Palais, 1910. II. 287 (n^o Mensuel d'août).

Gazette du Palais, 1911. 10 décembre (n^o Quotidien).

TABLE DES MATIÈRES

PROLÉGOMÈNES.....	5
HISTORIQUE.....	13
DROIT ROMAIN.....	13
CHAPITRE I. — Universalités juridiques.....	16
SECTION I. — Senatus-consulte Juventien.	16
§ I. — Subrogation du prix à la chose	19
§ II. — Subrogation de la chose au prix.....	26
SECTION II. — Extension donnée au Sena- tus-consulte Juventien.....	28
§ I. — Pecules.....	29
§ II. — Donation univeselle entre vifs	30
§ III. — Dot.....	31
Appendice Fidèicommiss.....	34
CHAPITRE II. — Subrogation réelle dans les biens dotaux..	34
Appendice. — Qualité de res furtiva...	39
ANCIEN DROIT.....	41

CHAPITRE I. — Etude pratique de la subrogation réelle dans l'ancien droit.....	43
SECTION I. — De la subrogation réelle dans les propres de succession.....	46
§ I. — Le retrait lignager écarte la subrogation réelle.....	50
§. II. — Cas d'application de la subrogation réelle	57
SECTION II. — De la subrogation réelle dans les propres de la communauté....	63
Appendice aux sections I et II. De la subrogation réelle dans le partage.....	70
SECTION II. — De la subrogation réelle dans les Biens dotaux.....	73
CHAPITRE II. — Théorie générale de la subrogation réelle dans l'ancien droit.....	75
DROIT MODERNE.....	81
PREMIÈRE PARTIE. — ETUDE PRATIQUE DE LA SUBROGATION RÉELLE.....	85
CHAPITRE I. — Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation de pouvoir d'administration tels qu'ils existaient antérieurement	89
SECTION I. — Transmission de la qualité de bien propre.....	90
§ I. — Cas où la subrogation réelle s'opère directement sans l'intermédiaire d'aucune formalité.....	92
I. — Subrogation du prix à la chose.....	92
II. — Subrogation a un bien propre de créances se rapprochant du prix.....	100
III. Echange.....	107

§ II. — Cas où la subrogation réelle ne s'opère qu'indirectement, grâce à l'accomplissement de certaines formalités	115
I. — De l'emploi.....	116
II. — Du remploi.....	119
SECTION II. — Transmission de la qualité de bien réservé.....	133
§ I. — Cas où s'opère la subrogation réelle.....	134
§ II. — A quelles conditions?.....	135
CHAPITRE II. — Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation d'une valeur au profit d'individus d'une famille d'un groupe...	138
SECTION I. — Transmission de la qualité de bien stipulé inaliénable et insaisissable	140
SECTION II. — Transmission de la qualité bien grevé de substitution.....	143
SECTION III. — Transmission de la qualité de bien de famille insaisissable.....	147
SECTION IV. — Transmission de la qualité de bien dotal.....	154
§ I. — Cas d'application de la subrogation réelle sous le régime dotal.	158
§ II. — Cas où la subrogation réelle ne s'opère plus franchement, mais où elle est remplacée par une réduction d'elle-même. Théorie de la dot incluse	171
SECTION V. — Transmission de la qualité de bien de fondation.....	188
CHAPITRE III. — Cas où la subrogation réelle a pour but de maintenir le droit de préférence établi entre créanciers.....	194
SECTION I. — Séparation des patrimoines.	195

SECTION II. — Cas prévus par la loi du 19 février 1889.....	197
Appendice. Article 3, 2 ^e alinéa de cette loi.	142
CHAPITRE IV. — Cas où la subrogation réelle a pour but la conservation de la qualité d'effet successoral.....	246
CHAPITRE V. — Cas où la subrogation réelle a pour but d'éviter l'enrichissement sans cause.....	222
SECTION I. — Rapport à succession.....	223
SECTION II. — Restitution des biens fai- sant partie de l'hérédité par l'héritier apparent.....	225
SECTION III. — Absence.....	227
SECTION IV. — De la subrogation réelle dans les successions anormales et dans les droits de retour légaux ou conven- tionnels.....	231
APPENDICE. — DROIT ALLEMAND.....	243
Note. — Code civil suisse.....	254
II ^e PARTIE. — THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGA- TION RÉELLE.....	257
SECTION I. — Subrogation réelle et quel- ques principes de droit.....	258
I. — La base de toute subrogation réelle est l'opération à titre onéreux ou la lésion injuste.....	259
II. — La subrogation réelle suppose une mutation, un transfert de droit.	263
III. — La subrogation réelle se com- porte comme un titre particulier...	268
IV. — Fonctions de la subrogation réelle. Subrogation réelle et enri- chissement sans cause.....	269

SECTION II. — Théories diverses sur la subrogation réelle.....	271
I. — Théorie de la subrogation fiction.....	271
II. — Théorie de la subrogation, interprétation de volonté.....	277
III. — Théorie de la subrogation. Valeur d'affectation.....	278
IV. — Théorie de M. Planiol.....	283
SECTION III. — Théorie générale de la subrogation réelle.....	283
§ I. — Il y a subrogation réelle quand on se trouve en présence d'une valeur soumise à une affectation spéciale.....	284
§ II. — Il y a subrogation réelle s'il y a une masse de biens sujette à restitution.....	293
APPENDICE. — <i>De la subrogation en créance..</i>	301
CONCLUSION. — <i>Disparition de la subrogation réelle dans le régime des valeurs</i>	311
I. — Originalité de la valeur.....	314
II. — Caractères du régime des valeurs.....	327
III. — Du rôle négatif de la subrogation réelle dans le régime des valeurs.....	337
BIBLIOGRAPHIE.....	341
TABLE DES MATIÈRES.....	435

